

Besturen van een vereniging of stichting is niet vrijblijvend

Een onderzoek naar de mogelijke gevolgen van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie met de externe aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen en stichtingen in geval van faillissement.

Masteropleiding Rechtsgeleerdheid
Open Universiteit te Heerlen

Naam:	Doreen Arends-Kosters
Studentnummer:	851037265
Begeleider:	mr. dr. A.H. Lamers
Examinator:	prof. mr. J.G.J. Rinkes
Inleverdatum:	24 mei 2017

Inhoud

Gebruikte afkortingen	ii
1 Inleiding	1
1.1 Aanleiding	1
1.2 Onderzoeksvragen	1
1.3 Afbakening	2
1.4 Gehanteerde onderzoeksmethoden	2
1.5 Opbouw	2
2 Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen	4
2.1 Inleiding	4
2.2 Wetsvoorstel	4
2.3 Conclusie	5
3 De vereniging en stichting	6
3.1 Inleiding	6
3.2 Historie	6
3.3 Wettelijke omschrijving	6
3.4 Maatschappelijke betekenis	7
3.5 Verschijningsvormen	7
3.6 Rechtsvergelijking	9
3.7 Conclusie	10
4 (On)-behoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement	11
4.1 Inleiding	11
4.2 Bestuurdersaansprakelijkheid	11
4.3 Faillissement en aansprakelijkheid	12
4.3.1 Onrechtmatige daad	12
4.3.2 Kennelijk onbehoorlijk bestuur	14
4.4 Gevolgen wetsvoorstel	18
4.4.1 Wettelijke gevolgen	18
4.4.2 Persoonlijke gevolgen bestuurder	21
4.4.3 Maatschappelijke gevolgen	21
4.5 Rechtsvergelijking	22
4.5.1 Bestuurdersaansprakelijkheid	22
4.5.2 Faillissement	23
4.5.3 Aansprakelijkheid bestuurder jegens derden	23
4.5.4 Aansprakelijkheidsnorm: gedragsnorm en mate van verwijtbaarheid	26
4.6 Conclusie	30
5 Beperking aansprakelijkheid in geval van faillissement	33
5.1 Inleiding	33
5.2 Omstandigheden beperken aansprakelijkheid wenselijk	33

5.2.1 Categorie 1: commerciële verenigingen en stichtingen.....	33
5.2.2 Categorie 2: non-profit verenigingen en stichtingen	34
5.2.3 Categorie 3: verenigingen en stichtingen die publieke diensten verlenen	35
5.3 Beperking aansprakelijkheid onbezoldigd bestuurder	36
5.4 Rechtsvergelijking	37
5.5 Beperking aansprakelijkheid en vormgeving	39
5.6 Conclusie	41
6 Conclusie en aanbevelingen	42
6.1 Inleiding.....	42
6.2 Antwoorden op de deelvragen	42
6.3 Conclusie	47
6.4 Aanbevelingen	47
Verwijzingen.....	48
I. Literatuur	48
II Jurisprudentielijst	51
III Overig	52

Gebruikte afkortingen

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
ANBI	Algemeen nut beogende instellingen
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AO	Abgabenordnung
BAO	Bundesabgabenordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Drucks	Bundestags-Drucksache
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
Fw	Faillissementswet
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
InsO	Insolvenzordnung
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
iVm	in Verbindung mit
IW1990	Invorderingswet 1990
NV	Naamloze vennootschap
OWM	Onderlinge waarborg maatschappij
ProstG	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten
Rn.	Randnummer
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
StiftG	Stiftungsgesetz
Vpb-plichtig	Vennootschapsbelasting plichtig
WBA	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid
WBF	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet vennootschapsbelasting 1969
WvK	Wetboek van Koophandel

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Dit onderzoek gaat over het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen.¹ Op 8 juni 2016 is het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen ingediend bij de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel laten verschillende organisaties in onze maatschappij niet ongemoeid. Zo heeft de internetconsultatie 32 reacties op het wetsvoorstel opgeleverd.² Ook de Vereeniging Handelsrecht heeft zich in 2016 gebogen over het wetsvoorstel.³ Het wetsvoorstel heeft indien het zal worden aangenomen door de parlementen, mede tot gevolg dat een bestuurder van een vereniging of stichting, in geval van faillissement, op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk kan worden gesteld voor de schulden van de rechtspersoon.⁴ Het wetsvoorstel roept daarnaast diverse vragen op.⁵ Welke mogelijke gevolgen heeft het wetsvoorstel voor verenigingen en stichtingen? Zijn er nog mensen, die al dan niet op vrijwillige basis, zich willen inzetten als bestuurder van een vereniging of stichting als zij te eenvoudig aansprakelijk kunnen worden gesteld in geval van faillissement? Volgens Plomp en Overes kan in de onderwijssector het wetsvoorstel tot gevolg hebben dat mensen worden afgeschrikt om een bestuursfunctie te vervullen en zullen zittende bestuurders zich zeer defensief opstellen.⁶ Volgens Huizink worden hierdoor vernieuwingen in de sector gefrustreerd.⁷ Ook is het volgens hem denkbaar dat uitsluitend het belang van de vereniging of stichting voor ogen zal worden gehouden en daarmee niet de bredere context van het maatschappelijk belang.⁸ De hierboven genoemde gevolgen kunnen zich ook voor doen bij verenigingen en stichtingen die buiten de onderwijssector werkzaam zijn. De adviseurs van de Vereeniging Handelsrecht hebben getracht in een preadvies een antwoord te geven op de vragen of de invoering van de wet bijdraagt tot het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen en of er voldoende rekening wordt gehouden met de diverse maatschappelijke belangen die verenigingen en stichtingen dienen.⁹ Het wetsvoorstel voorziet in een uniforme regeling voor aansprakelijkheid in geval van faillissement.¹⁰ Het doel van dit onderzoek is het inventariseren van de gevolgen van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voor bestuurders van verenigingen en stichtingen met betrekking tot de normen van behoorlijk bestuur en de aansprakelijkheid in geval van faillissement. Na inventarisatie van de gevolgen wordt onderzocht in welke omstandigheden een wettelijke beperking van deze aansprakelijkheid wenselijk is en hoe daar vorm aan kan worden gegeven. Rekening wordt gehouden met de aard, omvang, doelstelling en diversiteit van de verschillende verenigingen en stichtingen in Nederland en de variëteit in de maatschappelijke belangen die zij dienen. Ook wordt rekening gehouden met de belangen van de bestuurder en de belangen van crediteuren.

1.2 Onderzoeksvragen

Om een gestructureerd onderzoek te kunnen verrichten zijn er onderzoeksvragen geformuleerd. Deze bestaan uit een hoofdvraag en vijf complementaire deelvragen. Het

¹ Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3.

² Overheid.nl. Consultatie Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

³ Zie hiervoor het preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, Blanco Fernández e.a. 2016.

⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, par. 3.5 (MvT).

⁵ Zie hiervoor Overheid.nl. Consultatie Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en Blanco Fernández e.a. 2016, p. 9.

⁶ Plomp, in: Blanco Fernández e.a. 2016, p. 144-145 en Overes, in: Blanco Fernández e.a. 2016, p. 96.

⁷ Huizink, in: Blanco Fernández e.a. 2016, p. 19.

⁸ Huizink, in: Blanco Fernández e.a. 2016, p. 19.

⁹ Kluiver, in: Blanco Fernández e.a. 2016, p. 9.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, par. 3.5 (MvT).

onderzoek naar de deelvragen leidt tot een antwoord op de hoofdvraag en daarmee tot een eindoordeel met betrekking tot de probleemstelling. De hoofdvraag is: Welke mogelijke gevolgen heeft de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voor bestuurders van verenigingen en stichtingen met betrekking tot de normen van behoorlijk bestuur en de aansprakelijkheid in geval van faillissement en in welke omstandigheden is een wettelijke beperking van deze aansprakelijkheid wenselijk en hoe kan hier vorm aan worden gegeven?

Deelvragen waarvan de beantwoording bijdraagt tot de beantwoording van de hoofdvraag zijn:

1. Wat is de aanleiding, het doel, de inhoud en de status van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen en welke gevolgen (ruim) heeft dit voorstel voor de rechtspersonen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek?
2. Hoe zijn verenigingen en stichtingen in Nederland georganiseerd en wat is hun maatschappelijke betekenis?
3. Wat zijn de thans geldende normen voor behoorlijk en (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement en welke gevolgen (eng) heeft het wetsvoorstel met betrekking tot deze normen voor bestuurders van verenigingen en stichtingen?
4. In welke omstandigheden is het wenselijk om de aansprakelijkheid van een bestuurder van een vereniging of stichting te beperken en op welke wijze kan vorm worden gegeven aan deze beperking?
5. Hoe zijn verenigingen en stichtingen in Duitsland georganiseerd en wat is hun maatschappelijke betekenis? Wat zijn naar Duits recht de geldende normen voor (on)-behoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement en welke mogelijkheden kent het Duitse recht om de bestuurdersaansprakelijkheid te beperken en zijn er regels uit het Duitse recht die bruikbaar zijn voor het Nederlandse recht?

1.3 Afbakening

Het onderzoek richt zich op het element van het wetsvoorstel dat voorziet in een uniforme regeling van externe aansprakelijkheid in geval van faillissement. Omdat dit element van het wetsvoorstel met name voor verenigingen en stichtingen een grote verandering is zullen uitsluitend de gevolgen van het wetsvoorstel voor deze twee rechtspersonen worden onderzocht. Uitsluitend de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van een bestuurder behandeld. Benadrukt wordt hierbij dat het oordeel of een beperking van de aansprakelijkheid wenselijk is, een subjectief oordeel is. Voor een objectief oordeel is empirisch onderzoek vereist en daarvoor leent dit onderzoek zich niet.

1.4 Gehanteerde onderzoeksmethoden

Naast literatuur- en jurisprudentieonderzoek is als derde onderzoeksmethode een rechtsvergelijking met het Duits recht uitgevoerd. Het Nederlandse rechtstelsel is met het Duitse rechtstelsel vergeleken omdat het Duitse rechtstelsel (wel al) een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid voor bestuurders van verenigingen en stichtingen kent.¹¹ Daarnaast zijn Duitse rechtstheoretische beschouwingen over de stichting toonaangevend geweest voor Nederlandse regelgeving over stichtingen.¹²

1.5 Opbouw

Na de inleiding wordt eerst in hoofdstuk 2 het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen beschreven. De status van het wetsvoorstel wordt behandeld alsmede de

¹¹ De wet luidt Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28. September 2009.

¹² Asser/Rensen 2–III * 2012/299.

aanleiding, het doel, de inhoud en de (ruime) gevolgen van het wetsvoorstel. Hierna komen in hoofdstuk 3 de verenigingen en stichtingen aan de orde. Bij de bespreking van een verenigings- en stichtingsrechtelijk vraagstuk is het van belang om kennis te hebben van de historie, wettelijke omschrijving, maatschappelijke betekenis en de vele verschijningsvormen van verenigingen en stichtingen. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk worden de vereniging en de stichting naar Nederlands en Duits recht met elkaar vergeleken. In hoofdstuk 4 worden de normen van (on)-behoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement behandeld. Beschreven wordt wat de vereisten zijn voor aansprakelijkheid in geval van faillissement en welke mogelijke gevolgen het wetsvoorstel heeft voor een bestuurder van een vereniging of stichting. Ook de mogelijke maatschappelijke gevolgen, die het wetsvoorstel met zich meebrengt, worden kort belicht. Aan het einde van dit hoofdstuk worden de normen voor onbehoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement vergeleken met de normen die het Duitse rechtstelsel kent. In hoofdstuk 5 wordt weergegeven in welke omstandigheden, rekening houdende met het wetsvoorstel, een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid wenselijk is. Daarnaast wordt gekeken of de bestaande beschermingsmaatregelen, na invoering van het wetsvoorstel, de bestuurder voldoende bescherming bieden tegen de mogelijke aansprakelijkheidsrisico's. Door een vergelijking te maken met het Duitse recht wordt gekeken of er in het Duitse recht voorbeelden van beschermingsmaatregelen zijn die ook binnen het Nederlandse rechtstelsel toepasbaar zijn. Ten slotte wordt in het laatste hoofdstuk antwoord gegeven op de geformuleerde onderzoeksvragen en een aantal aanbevelingen gedaan met betrekking tot de wijze waarop de bestuurdersaansprakelijkheid voor bestuurders van verenigingen en stichtingen kan worden beperkt.

2 Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen

2.1 Inleiding

Zoals vermeld in de inleiding heeft het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen gevolgen voor bestuurders van verenigingen en stichtingen. In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 2 tot en met 6 een antwoord gegeven op de deelvraag ‘Wat is de aanleiding, het doel, de inhoud en de status van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen en welke gevolgen (ruim) heeft dit voorstel voor de rechtspersonen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek?’ Het hoofdstuk eindigt met een conclusie.

2.2 Wetsvoorstel

Status

Ondanks dat de wetgever al enige jaren werkt aan de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is de wet tot op heden niet ingevoerd. Het ambtelijk voorontwerp is op 6 februari 2014 online ter consultatie aangeboden.¹³ Op deze internetconsultatie hebben veel marktpartijen gereageerd.¹⁴ Deze reacties hebben geleid tot enkele aanpassingen in het wetsvoorstel. Zo is de aansprakelijkheid in geval van faillissement voor een onbezoldigd bestuurder beperkt.¹⁵ Uiteindelijk is op 8 juni 2016 het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁶ De Tweede Kamer heeft het wetsontwerp (nog steeds) in behandeling.

Aanleiding

Aanleiding voor dit wetsvoorstel is het ontbreken van een uitgebreide regeling voor bestuur en toezicht voor alle rechtspersonen. Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bevat, mede naar aanleiding van de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet bestuur en toezicht naamloze en besloten vennootschappen, wel een vrij uitgebreide regeling voor bestuur en toezicht in naamloze vennootschappen (NV) en besloten vennootschappen (BV).¹⁷ Een dergelijke regeling ontbreekt echter voor de andere rechtspersonen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De wetgever meent dat vormgeving van bestuur en toezicht ook voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting van wezenlijk belang is,¹⁸ en dat met de verbetering van het wettelijk kader voorzien wordt in een behoefte van de praktijk.¹⁹

Doel

Het doel van de nieuwe wetgeving is het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen. Het wetsvoorstel beoogt de regeling voor bestuur en toezicht, met name bij de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting, aan te vullen en te verduidelijken.²⁰

Inhoud wetsvoorstel

Het wetsvoorstel introduceert nieuwe wetgeving voor bestuurders en toezichthouders van rechtspersonen. Belangrijke elementen van het wetsvoorstel zijn:²¹

- Wettelijke grondslag voor raad van commissarissen bij vereniging en stichting;

¹³ Overheid.nl. Consultatie Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

¹⁴ Zie voor de reacties Overheid.nl. Consultatie Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, par. 3.5 (MvT).

¹⁶ Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3.

¹⁷ Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 2 (MvT).

¹⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 1 (MvT).

²⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 1 (MvT).

²¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, par. 3.1-3.6 (MvT).

- Wettelijke grondslag voor monistisch bestuurssysteem bij de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting;
- Uniformering van norm voor taakvervulling bestuurders en commissarissen;
- Uniformering van tegenstrijdig-belangregeling;
- Uniformering van regels voor aansprakelijkheidstelling in geval van faillissement;
- Modernisering van criteria ontslag bestuurders en commissarissen van stichting.

Gevolgen

Een aantal regels die thans gelden voor de NV en de BV worden verplaatst naar het algemene gedeelte van de wettelijke regeling in Boek 2 BW.²² Dit heeft tot gevolg dat deze regels, na invoering van het wetsvoorstel, gelden voor alle (in Boek 2 BW geregelde) rechtspersonen. Zo ook voor de vereniging en de stichting.

Met name het element 'uniformering van regels voor aansprakelijkheid in geval van faillissement' is voor de beantwoording van de onderzoeksvragen van belang. In hoofdstuk 4 worden de mogelijke gevolgen van dit element van het wetsvoorstel nader uitgewerkt. Omdat onbehoorlijk bestuur een van de vereisten is voor het vaststellen van bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement wordt in hoofdstuk 4 tevens weergegeven wat de mogelijke gevolgen zijn van het wetselement 'uniformering van de norm voor taakvervulling voor bestuurders van verenigingen en stichtingen' in het kader van (on) behoorlijk bestuur.

2.3 Conclusie

Op 8 juni 2016 is het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen ingediend bij de Tweede Kamer. Aanleiding voor dit wetsvoorstel is het ontbreken van een uitgebreide regeling voor bestuur en toezicht voor alle rechtspersonen. Het doel van de nieuwe wetgeving is het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen. Het wetsvoorstel introduceert nieuwe wetgeving voor bestuurders en toezichthouders van rechtspersonen. Een aantal regels die thans gelden voor de NV en de BV worden verplaatst naar het algemene gedeelte van de wettelijke regeling in Boek 2 BW. Dit heeft tot gevolg dat deze regels na invoering van het wetsvoorstel gelden voor verenigingen en stichtingen. Voor beantwoording van de onderzoeksvragen zijn de elementen 'uniformering van de norm voor taakvervulling voor bestuurders van verenigingen en stichtingen' en 'uniformering van regels voor aansprakelijkheid in geval van faillissement' van belang.

²² *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 1 (MvT).*

3 De vereniging en stichting

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen behandeld. In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 2 tot en met 5 een antwoord gegeven op de deelvraag 'Hoe zijn verenigingen en stichtingen in Nederland georganiseerd en wat is hun maatschappelijke betekenis?' Bij de bespreking van een verenigings- en stichtingsrechtelijk vraagstuk is het van belang om kennis te hebben van de historie, wettelijke omschrijving, maatschappelijke betekenis en de vele verschijningsvormen van verenigingen en stichtingen. In paragraaf 6 worden deze onderwerpen vergeleken met het Duitse recht. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie.

3.2 Historie

'Het verenigingsrecht is jong recht. Het kan niet bogen op een lange geschiedenis en is niet geworteld in een oude traditie.'²³ 'Zowel in het vaderlandse recht als in het Romeinse recht is het verenigingsrecht niet tot ontwikkeling gekomen.'²⁴ De stichting heeft een oudere rechtsgeschiedenis. 'Zij is vanouds de rechtsvorm waarbij vermogen wordt afgezonderd voor een ideëel doel, waarbij vanuit het recht zorg voor goed beheer vooropstaat.'²⁵ De oorsprong van dit recht is in het Romeinse recht terug te vinden. 'Duitse rechtstheoretische beschouwingen over de stichting zijn toonaangevend geweest voor Nederlandse regelgeving over stichtingen.'²⁶ De verschillende rechtspersonen kenden tot aan de invoering van Boek 2 BW allen een eigen ontwikkeling. 'Vanaf 1976 zijn er voor het eerst algemene bepalingen voor alle rechtspersonen'²⁷, waaronder ook de vereniging en stichting. 'In de loop van de tijd zijn steeds meer ondernemingsrechtelijke regels van toepassing verklaard op verenigingen en stichtingen met een onderneming (van een bepaalde grootte).'²⁸ 'Te noemen zijn de regelingen betreffende het enquête-recht (art. 2:344 BW e.v.) en de toepasselijkheid van het jaarrekeningenrecht (art. 2:360 BW).'²⁹ Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen worden nog meer ondernemingsrechtelijke regels van toepassing verklaard op verenigingen en stichtingen. Een aantal regels die reeds golden voor de NV en de BV worden verplaatst naar het algemene gedeelte van de wettelijke regeling.³⁰

3.3 Wettelijke omschrijving

De vereniging wordt omschreven als een rechtspersoon met leden die gericht is op een bepaald doel, anders dan een dat is omschreven in artikel 53 lid 1 of lid 2 BW.³¹ Een kenmerk van de vereniging is dat de winst niet mag worden verdeeld onder de leden.³² Oprichting van de vereniging geschiedt middels een meerzijdige rechtshandeling.³³ Een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid wordt ook wel een informele vereniging genoemd. Een informele vereniging is een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte, die als gevolg daarvan geen registergoederen kan

²³ Asser/Rensen 2–III* 2012/1.

²⁴ Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 4.

²⁵ Dijk & van der Ploeg 2013, p. 4.

²⁶ Asser/Rensen 2–III* 2012/299.

²⁷ Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 5.

²⁸ Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 4.

²⁹ Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 4.

³⁰ Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 1 (MvT).

³¹ Art. 2:26 lid 1 BW. De doelen beschreven in art. 2:53 lid 1 en lid 2 BW betreffen het doel van de coöperatieve vereniging om te voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden (lid 1) en het doel van de als onderlinge waarborgmaatschappij opgerichte vereniging om met haar leden verzekeringsovereenkomsten te sluiten (lid 2).

³² Art. 2:26 lid 3 BW.

³³ Art. 2:26 lid 2 BW.

verkrijgen en die geen erfgenaam kan zijn.³⁴ De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid wordt aangeduid als formele vereniging.³⁵ Het belang in onderscheid tussen de formele en informele vereniging is gelegen in het feit dat voor de schulden van een informele vereniging zowel de rechtspersoon als de bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld.³⁶ De stichting wordt omschreven als een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.³⁷ Ook de stichting mag geen uitkeringen doen.³⁸ Het verschil tussen de vereniging en de stichting is dat een stichting geen leden heeft.³⁹

3.4 Maatschappelijke betekenis

In Nederland zijn er veel verenigingen en stichtingen. In Nederland vervullen zij een belangrijke rol in het sociaal maatschappelijk leven en zijn de activiteiten die zij organiseren van uiteenlopende aard. Zo verrichten zij werkzaamheden op sociaal cultureel gebied zoals buurt- en clubhuiswerk, jeugd- en jongerenwerk, vormingswerk en de bevordering van podiumkunsten. Ook verrichten zij werkzaamheden op het gebied van de invulling van vrije tijd: sport, muziek en hobby's en maatschappelijke dienstverlening zoals allerlei soorten tehuizen en kinderdagverblijven. Ziekenhuizen worden veelal door stichtingen geëxploiteerd en in de gezondheidszorg komen veel verenigingen voor die medische en verpleegkundige diensten verrichten. Ook in het onderwijs komen veel verenigingen en stichtingen voor. Belangenorganisaties waaronder bedrijfs- en werknemersorganisaties en vakbonden zijn veelal in de vorm van verenigingen georganiseerd. Kerkelijke, charitatieve en ideële doelen en het verzekeren van pensioenen zijn voorbeelden van werkzaamheden van stichtingen. Gezien de verscheidenheid en de zeer vele soorten verenigingen en stichtingen is de hierboven genoemde weergave naar alle waarschijnlijkheid niet volledig. Deze weergave is bedoeld om aan te geven dat de betekenis van de maatschappelijke functie die verenigingen en stichtingen vervullen moeilijk kan worden overschat.

3.5 Verschijningsvormen

Hiervoor is beschreven dat Nederland vele verenigingen en stichtingen kent en de maatschappelijke activiteiten die verenigen en stichtingen organiseren van uiteenlopende aard zijn. Verenigingen en stichtingen verschillen onderling naar organisatie, doelstelling en deelnemers. Er zijn vele indelingen mogelijk om de verschillende verenigingen en stichtingen van elkaar te onderscheiden.⁴⁰ 'Omdat zeer uiteenlopende samenwerkingsverbanden gebruik maken van de rechtsfiguur van de vereniging en stichting moet men bij de bespreking van een verenigings- en stichtingsrechtelijk vraagstuk hierop bedacht zijn.'⁴¹ In dit onderzoek worden de volgende typen verenigingen en stichtingen onderscheiden:

1. Commerciële verenigingen en stichtingen;
2. Non-profit verenigingen en stichtingen;
3. Verenigingen en stichtingen die publieke diensten verlenen.

Onder commerciële verenigingen en stichtingen worden verenigingen en stichtingen verstaan die een onderneming drijven.⁴² Zij worden ook wel aangeduid als een nijvere

³⁴ Art. 2:30 lid 1 BW.

³⁵ Dit is de vereniging zoals beschreven in art. 2:26 lid 1 BW.

³⁶ Vergelijk art. 2:29 lid 2 BW en art. 2:30 lid 2 BW.

³⁷ Art. 2:285 lid 1 BW.

³⁸ Art. 2:285 lid 3 BW.

³⁹ Vergelijk art. 2:26 lid 1 BW en art. 2:285 lid 1 BW. Zie ook *Asser/Rensen 2-III** 2012/45 en 326.

⁴⁰ Voor een indeling in verenigingen zie ook Van der Velden, *diss.* 1969, p. 7-10 en Buddingh de Voogt, *diss.* 1926, p. 49-52. Voor de vele toepassingsvormen van stichtingen zie ook *Asser/Rensen 2-III** 2012/ 305.

⁴¹ Van der Velden, *diss.* 1969, p.6.

⁴² Voor de vereniging zie art. 2:50a BW en voor de stichting zie art. 2:300a BW.

vereniging of stichting.⁴³ Met non-profit verenigingen en stichtingen worden verenigingen en stichtingen aangeduid die geen onderneming drijven. Met verenigingen en stichtingen die publieke diensten verlenen worden verenigingen en stichtingen bedoeld die publieke diensten verlenen zoals gezondheidszorg, volkshuisvesting en onderwijs met gehele of gedeeltelijke subsidie van de overheid. Sinds 2007 is de 'maatschappelijke onderneming' een veel gebruikt begrip voor deze laatste categorie verenigingen en stichtingen.⁴⁴ De reden dat dit onderzoek zich uitsluitend richt op de hierboven genoemde typen verenigingen en stichtingen is gelegen in het feit dat de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen juist voor bestuurders van deze verenigingen en stichtingen belangrijke gevolgen heeft met betrekking tot de aansprakelijkheid in geval van faillissement.

Zo moet categorie 1 voldoen aan wettelijke eisen met betrekking tot de inrichting en openbaarmaking van de jaarrekening.⁴⁵ Uiterlijk 13 maanden na afloop van het boekjaar moet de rechtspersoon de jaarrekening openbaar hebben gemaakt.⁴⁶ Na inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersoon kan een overschrijding van deze termijn gevolgen hebben voor bestuurders van iedere vereniging en stichting. In art. 2:9c lid 2 BW⁴⁷ is bepaald dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting uit art. 2:394 BW, het zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Is het wettelijke vermoeden en de daarbij horende omkering van de bewijslast in alle omstandigheden wenselijk of is enige nuancering op zijn plaats? In hoofdstuk 5 wordt deze vraag beantwoord. Voor categorie 2 geldt dat het bestuur van deze vereniging of stichting bestaat uit mensen die veelal vrijwillig en onbezoldigd een bestuursfunctie vervullen. Mag aan deze bestuursleden dezelfde strenge normen voor aansprakelijkheid in geval van faillissement worden opgelegd of is een nadere nuancering meer op zijn plaats?⁴⁸ Voor de in categorie 3 genoemde verenigingen en stichtingen bestaat wetgeving op categoriaal niveau met betrekking tot bestuur en toezicht en zijn er wetsvoorstellen gedaan tot verbetering van de bestuurskracht.⁴⁹ Ook zijn er op verschillende terreinen governance codes ten aanzien van dit onderwerp tot stand gekomen.⁵⁰ De bedoeling van de wetgever is dat juist in sectorspecifieke regeling bij de regeling van het wetsvoorstel wordt aangeknoopt.⁵¹ Kan het bestaan van deze normen en het niet naleven daarvan een reden zijn om bestuurders van deze typen verenigingen en stichtingen juist (wel) te onderwerpen aan de strenge normen voor aansprakelijkheid in geval van faillissement? Geprobeerd wordt een antwoord te geven op de vraag of in het recht rekening moet worden gehouden met de aard, omvang, doelstelling en diversiteit van de hierboven genoemde categorieën verenigingen en de variëteit in de maatschappelijke belangen die zij dienen. Naast een onderscheid in type vereniging wordt tevens rekening gehouden met de rechtsbevoegdheid van de vereniging of stichting: Is er sprake van beperkte of volledige rechtsbevoegdheid van de vereniging en/of stichting? In paragraaf 3.3 is aangegeven dat het belang in onderscheid tussen een formele en informele vereniging gelegen is in het feit dat voor de schulden van een informele vereniging zowel de rechtspersoon als de bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld. Naast het onderscheid in volledige en beperkte rechtsbevoegdheid is ook de inrichting van het bestuur een belangrijk gegeven. In het Wetsvoorstel Bestuur en

⁴³ Zie Raaijmakers 2006, p. 608.

⁴⁴ Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 30.

⁴⁵ Sinds de invoering van de wet van 30 januari 1997 geldt voor verenigingen en stichtingen die een of meer ondernemingen in stand houden en die verplicht zijn ingeschreven in het handelsregister, dat zij hun jaarrekening moeten inrichten volgens de bepalingen van Titel 9 van Boek 2 BW indien zij voldoen aan de criteria genoemd in art. 2:360 lid 2 BW.

⁴⁶ Art. 2:394 lid 3 BW.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3.*

⁴⁸ Enkel art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*) is niet van toepassing op een onbezoldigd bestuurder.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2014/15, 34 251, 3* en *Kamerstukken II 2015/16, 32 012, 37.*

⁵⁰ Voor een overzicht van governance codes zie www.sbiformaat.nl/overzicht-governance-codes-en-gedragscodes.

⁵¹ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 3 (MvT).*

toezicht rechtspersonen wordt de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder enigszins beperkt.⁵² Daarom wordt ook rekening gehouden met de inrichting van het bestuur: wordt een bestuursfunctie bezoldigd of onbezoldigd vervuld en/of is er sprake van een professioneel bestuursapparaat of een bestuur die bestaat uit vrijwilligers?

3.6 Rechtsvergelijking

Het Duitse verenigingsrecht is sinds 1861 '*reichseinheitlich*' geregeld.⁵³ Stichtingen kennen in Duitsland een meer dan duizend jaar oude geschiedenis. De stichting behoort dan ook tot de oudste vorm van betrokkenheid bij het volksbelang.⁵⁴ Das Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) kent geen wettelijke bepaling voor *der Verein* en *die Stiftung*. In het Duitse recht wordt de vereniging aangeduid als '*eine auf Dauer berechnete Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes die nach ihrer Satzung Körperschaftlich organisiert ist, einen Gesamtnamen führt und auf einen wechselnden Mitgliederbestand angelegt ist.*'⁵⁵ Deze beschrijving is niet anders dan in het Nederlandse recht.⁵⁶ De stichting wordt aangeduid als '*eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete, nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung, die einen vom Stifter bestimmten Zweck mit Hilfe eines dazu gewidmeten Vermögens dauernd fordern soll.*'⁵⁷ Voor een groot gedeelte komt deze beschrijving overeen met de beschrijving van de stichting in het Nederlandse recht. Een organisatie met rechtspersoonlijkheid en opgericht met een bepaald doel.⁵⁸ Echter daar waar in het Nederlandse recht een stichtingsvermogen geen harde eis is,⁵⁹ is dit in het Duitse Recht wel het geval.⁶⁰ Net zoals in het Nederlandse recht kent ook de stichting naar Duits recht geen leden.⁶¹ In Duitsland wordt een stichting opgericht door het opstellen van een *Stiftungsgeschäft* en erkenning van de stichting door *die zuständige Behörde des Landes*.⁶² Voor de oprichting van een stichting in Nederland is een notariële akte vereist.⁶³ In het Duitse recht wordt ook een onderscheid gemaakt tussen een ingeschreven en niet ingeschreven vereniging.⁶⁴ In het Nederlandse recht is een niet ingeschreven vereniging (de informele vereniging) een rechtspersoon met beperkte rechtsbevoegdheid.⁶⁵ In het Duitse recht is een vereniging die niet is ingeschreven geen rechtspersoon en valt zij onder het *Personengesellschaftsrecht*.⁶⁶ Voor de aansprakelijkheid naar Duits recht betekent dit dat derden zich kunnen verhalen op het vermogen van de bestuurders van de niet ingeschreven vereniging. In § 31a BGB wordt derhalve geen onderscheid gemaakt tussen de ingeschreven en niet ingeschreven vereniging.⁶⁷ In het Nederlandse recht kunnen derden zich verhalen op het vermogen van de bestuurder en het vermogen van de (informele) vereniging zelf.⁶⁸ Ook in Duitsland zijn er veel verenigingen en stichtingen.⁶⁹

⁵² Art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3) is niet van toepassing op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte.

⁵³ Beuthien e.a. 2016, par. 1, Rn. 15.

⁵⁴ Rapport Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. 2014, p. 21.

⁵⁵ Beuthien e.a. 2016, par. 1, Rn. 21.

⁵⁶ Asser/Rensen 2–III* 2012/10.

⁵⁷ Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 13.

⁵⁸ Asser/Rensen 2–III* 2012/300.

⁵⁹ Asser/Rensen 2–III* 2012/300 en Asser/Rensen 2–III* 2012/303.

⁶⁰ Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 18.

⁶¹ Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 13.

⁶² § 80 Abs. 1 BGB. Zie ook Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 6.

⁶³ Art. 2:286 lid 1 BW.

⁶⁴ Beuthien e.a. 2016, par. 1, Rn. 30 en Rn. 34.

⁶⁵ Art. 2:30 lid 1 BW.

⁶⁶ § 54 BGB. Zie ook Beuthien e.a. 2016, par. 1, Rn. 30 en Rn. 71.

⁶⁷ In het Nederlandse recht wordt dit onderscheid wel gemaakt, zie art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3).

⁶⁸ Art. 2:30 lid 2 BW. Zie ook Asser/Rensen 2–III* 2012/7.

Zij vervullen een belangrijke rol in het sociale leven in de maatschappij.⁷⁰ De verenigingen en stichtingen in Duitsland kennen eveneens vele verschijningsvormen.⁷¹ Er zijn vele indelingen mogelijk om de verschillende Duitse verenigingen en stichtingen van elkaar te onderscheiden.⁷² Anders dan in Nederlands, staat in Duitsland de stichting onder overheidstoezicht.⁷³ *Die Stiftungsaufsicht* houdt toezicht op stichtingen.⁷⁴ Het bestaan van *die Stiftungsaufsicht* wordt voorzien in § 87 Abs. 1 BGB en wordt in elke *Landesgesetz* afzonderlijk geregeld.⁷⁵ Reden voor het bestaan van overheidstoezicht is het feit dat de stichting niet door *korporations- oder vermögensrechtlichen beteiligte natürliche Personen* gecontroleerd wordt. Het toezicht heeft als doel er voor te zorgen dat de stichting niet voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor de stichting is opgericht.⁷⁶ *Die Stiftungsaufsicht* erkent de stichtingen en houdt hiervan een register bij.⁷⁷ De stichtingen zijn verplicht om jaarlijks aan *die Stiftungsaufsicht* een voortgangsrapport, een vermogensoverzicht en een jaarafrekening te overleggen.⁷⁸

3.7 Conclusie

Vereniging en stichtingen kennen in het Duitse recht een langere (rechts)geschiedenis dan in het Nederlandse recht. Verenigingen en stichtingen vervullen zowel in Nederland als in Duitsland een belangrijke rol in het sociale leven in de maatschappij. Beide landen kennen vele verenigingen en stichtingen die onderling van elkaar verschillen naar organisatie, doelstelling en deelnemers. Zowel in de Duitse als in de Nederlandse literatuur worden vele mogelijke indelingen beschreven om de verschillende verenigingen en stichtingen van elkaar te onderscheiden. Hoewel het BGB, in tegenstelling tot Boek 2 BW, geen wettelijke bepaling kent voor de vereniging en stichting is de uitleg van de begrippen vereniging en stichting in het Duitse recht (grotendeels) niet anders dan in het Nederlandse recht. Daar waar in het Duitse recht het hebben van een stichtingsvermogen een harde eis is, kent het Nederlandse recht deze eis niet. De stichting in Nederland en Duitsland heeft rechtspersoonlijkheid. In het Duitse recht wordt evenals in het Nederlandse recht een onderscheid gemaakt tussen een ingeschreven en niet ingeschreven vereniging. In het Nederlandse recht is een niet ingeschreven vereniging (de informele vereniging) een rechtspersoon met beperkte rechtsbevoegdheid. In het Duitse recht is een vereniging die niet is ingeschreven geen rechtspersoon en valt zij onder het *Personengesellschaftsrecht*. Voor de aansprakelijkheid naar Duits recht betekent dit dat derden zich kunnen verhalen op het vermogen van de bestuurders van de niet ingeschreven vereniging. In het Nederlandse recht kunnen derden zich verhalen op het vermogen van de bestuurder en het vermogen van de (informele) vereniging. Anders dan in Duitsland, staat in Nederland de stichting niet onder overheidstoezicht.

⁶⁹ Voor de vereniging zie Beuthien e.a. 2016, par. 1, Rn. 1 en 2 en voor de stichting zie Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 1 en 2.

⁷⁰ Voor de vereniging zie Beuthien e.a. 2016, par. 1, Rn. 1 en 2 en voor de stichting zie Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 1 en 2.

⁷¹ Voor de vereniging zie Beuthien e.a. 2016, par. 1, Rn. 1 en voor de stichting zie Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 1.

⁷² Voor de vereniging zie Beuthien e.a. 2016, par. 3-8 en voor de stichting zie Beuthien e.a. 2016, par. 79-81.

⁷³ In Nederland is wel gepleit voor toezicht op stichtingen. Zie F.A.J. van Lanschot, in: Raaijmakers 2006, p. 664.

⁷⁴ Zie Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 25.

⁷⁵ Zie Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 25. Voor een overzicht van de Stiftungsaufsichtsbehörden en Landesgesetzen zie <https://de.wikipedia.org/wiki/Stiftungsaufsicht>.

⁷⁶ Beuthien e.a. 2016, par. 77, Rn. 25.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld § 4 en § 5 StiftG für Baden-Württemberg.

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld § 9 StiftG für Baden-Württemberg.

4 (On)-behoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is stil gestaan bij maatschappelijke betekenis en de verschillende verschijningsvormen van vereniging en stichting mede vanuit kort rechtsvergelijkend perspectief. In dit hoofdstuk wordt de deelvraag ‘Wat zijn de thans geldende normen voor behoorlijk en (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement en welke gevolgen (eng) heeft het wetsvoorstel met betrekking tot deze normen voor bestuurders van verenigingen en stichtingen?’ beantwoord. Door eerst de thans geldende normen voor behoorlijk en (kennelijk) onbehoorlijk bestuur te bespreken wordt de inhoud van deze normen inzichtelijk gemaakt. Hierdoor wordt ook duidelijk welke regels na invoering van het wetsvoorstel gaan gelden voor bestuurders van verenigingen en stichtingen en welke gevolgen dit met zich meebrengt. Daarna wordt de Nederlandse regelgeving vergeleken met het Duitse recht. Dit hoofdstuk begint met een beschrijving van bestuurdersaansprakelijkheid. In de daarop volgende paragraaf wordt het begrip faillissement en de aansprakelijkheid in geval van faillissement behandeld. Daarna wordt in paragraaf 4.4 de gevolgen van het wetsvoorstel besproken. In paragraaf 4.5 vindt een vergelijking plaats met het Duitse recht. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie.

4.2 Bestuurdersaansprakelijkheid

Naar Nederlands recht zijn verenigingen en stichtingen een rechtspersoon.⁷⁹ Zij hebben rechtspersoonlijkheid. Indien de rechtspersoon over eigen vermogen beschikt is dit vermogen afgescheiden van het vermogen van de bestuurders van de rechtspersoon.⁸⁰ Voor het vermogensrecht staat de rechtspersoon in beginsel gelijk met de natuurlijke persoon.⁸¹ Dit betekent dat een rechtspersoon zelfstandig drager is van rechten en plichten. Een rechtspersoon kan echter zelf geen (feitelijke) handelingen verrichten. Daarvoor is altijd de tussenkomst van natuurlijke personen vereist.⁸² Dit gebeurt door het bestuur. Voor zover uit de wet niet anders voortvloeit is het bestuur van een vereniging belast met het besturen en vertegenwoordigen van de vereniging.⁸³ Hetzelfde geldt voor bestuurders van stichtingen.⁸⁴ Bestuurders vertegenwoordigen de vereniging of stichting. ‘Het begrip vertegenwoordiging betekent het toerekenen van rechtshandelingen aan een ander dan de handelende persoon.’⁸⁵ Dit brengt met zich mee dat een bestuurder in beginsel niet persoonlijk kan worden aangesproken. Een uitzondering hierop is dat er omstandigheden kunnen zijn waardoor een bestuurder toch aansprakelijk kan zijn jegens de rechtspersoon of derden.⁸⁶ Dan is sprake van bestuurdersaansprakelijkheid. Bestuurdersaansprakelijkheid kan worden onderverdeeld in interne en externe aansprakelijkheid van de bestuurder. Interne aansprakelijkheid betreft de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon en ziet op de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en de vennootschap.⁸⁷ Externe aansprakelijkheid betreft de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden. De aansprakelijkheid in geval van faillissement is een bijzondere vorm van externe aansprakelijkheid.⁸⁸ De Hoge Raad heeft dit in het Simoca-arrest bevestigd: “De

⁷⁹ Art. 2:3 BW.

⁸⁰ Voor afgescheiden vermogen zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/578.

⁸¹ Art. 2:5 BW.

⁸² Art. 3:32 lid 1 BW.

⁸³ Art. 2:44 lid 1 BW en art. 2:45 lid 1 BW.

⁸⁴ Art. 2:291 lid 1 BW en art. 2:292 lid 1 BW.

⁸⁵ Hamers e.a. 2013, p. 211.

⁸⁶ Zie art. 2:9 lid 2 BW en art. 2:9b lid 1 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3).

⁸⁷ Art. 2:9 BW.

⁸⁸ Zie Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/440 en 455.

aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge de art. 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel.”⁸⁹ ‘Men spreekt in dit verband ook wel van ‘doorbraak van aansprakelijkheid’. Deze term is ontleend aan het Duitse woord ‘Haftungsdurchgriff’.⁹⁰

4.3 Faillissement en aansprakelijkheid

Natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen failliet gaan. De schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechtelijk vonnis in staat van faillissement verklaard.⁹¹ Het faillissement is gericht op de vereffening van het vermogen ten behoeven van alle schuldeisers. De belangen van alle schuldeisers staan centraal. De gelijkheid van alle schuldeisers wordt de paritas creditorum genoemd. Dit betekent dat alle schuldeisers bij verhaal onderling een gelijk recht hebben, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang.⁹² De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.⁹³ In paragraaf 4.2 is aangegeven dat de aansprakelijkheid in geval van faillissement een vorm van externe aansprakelijkheid is. De curator kan in geval van faillissement een bestuurder van een vereniging of stichting aansprakelijk stellen op grond van onbehoorlijk bestuur middels de volgende wettelijke bepalingen:

- Onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)
- Kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:138 J°2:248 BW)

Art. 2:138 BW wordt in de artt. 2:50a, 2:53a en 2:300a BW van overeenkomstige toepassing verklaard op verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. In paragraaf 4.3.1 en 4.3.2 worden de hierboven genoemde aansprakelijkheidsgronden besproken.

4.3.1 Onrechtmatige daad

Hiervoor is aangegeven dat de curator een bestuurder aansprakelijk kan stellen op grond van onrechtmatige daad. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.⁹⁴ De onrechtmatige daadactie kan een rol spelen in de externe aansprakelijkheid. Op grond van een onrechtmatige daad kan een bestuurder jegens een derde persoonlijk aansprakelijk zijn. De curator kan de vordering uit onrechtmatige daad instellen namens de crediteuren indien de onrechtmatige daad de gezamenlijke crediteuren of een deel daarvan treft. Uit de rechtspraak kan als criterium voor onrechtmatige daad worden afgeleid dat elke bestuurder van een gefailleerde vennootschap aansprakelijk is ten opzichte van een bepaalde crediteur indien hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met die crediteur wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen.⁹⁵ In het Beklamel arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat: “Een derde de bestuurder aansprakelijk kan stellen indien de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet

⁸⁹ HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:B15912, NJ 2009, 438 (*Simoca*). Simmons & Simmons geven in hun reactie op wetsvoorstel een beknopte samenvatting van het standpunt dat art. 2:138 J°2:248 BW in de literatuur wordt aangeduid als een vorm van externe aansprakelijkheid. Zie hiervoor de consultatie op het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen van Simmons & Simmons, p. 11-13.

⁹⁰ Van Schilfgaarde 1986, p. 2.

⁹¹ Art. 1 lid 1 Fw.

⁹² Art. 3:277 BW.

⁹³ Art. 68 lid 1 Fw.

⁹⁴ Art. 6:162 lid 2 BW.

⁹⁵ Hof Leeuwarden 29 januari 1992, ECLI:NL:GHLEE:1992:AD1595.

of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de derde ten gevolge van die tekortkoming in de nakoming zou lijden.”⁹⁶ Deze gedragsregel staat sindsdien bekend als de “Beklamelnorm”.⁹⁷ Ook een bestuurder die heeft toegelaten of bewerkstelligd dat de rechtspersoon een door hem aangegane overeenkomst niet nakomt kan onrechtmatig handelen worden verweten en persoonlijk aansprakelijk worden gesteld indien hiervoor aan een bestuurder een ‘voldoende ernstig verwijt’ kan worden gemaakt.⁹⁸ In latere rechtspraak is invulling gegeven aan het criterium ‘voldoende ernstig verwijt’. Enkele voorbeelden van situaties waarin sprake is van ‘voldoende ernstig verwijt’ zijn: het onbetaald blijven van een schuldeiser terwijl andere schuldeisers (nagenoeg) geheel zijn voldaan;⁹⁹ indien de nalatigheid van een rechtspersoon om een schuld te betalen is te wijten aan betalingsonwil;¹⁰⁰ het verwaarlozen van de bestuurstaak¹⁰¹ en een door een bestuurder overijld en te lichtvaardig besluit tot ontbinding van de stichting zonder zich de belangen van de crediteuren aan te trekken.¹⁰² Het verwaarlozen van de bestuurstaak wordt behandeld nadat beschreven is wanneer sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Ook het misleiden van een derde door een bestuurder, waardoor die derden overgaan tot het sluiten van overeenkomsten met de rechtspersoon, is een onrechtmatige daad. Zo is voor de commerciële vereniging en stichting in art. 2:50a en art. 2:300a BW wettelijk vastgelegd dat misleiding van de jaarstukken leidt tot aansprakelijkheid van de bestuurder, tenzij de bestuurder bewijst dat de misleidende voorstelling niet aan hem te wijten is. Volgens Dijk, Overes, Van der Ploeg en Van Veen gaat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet zover, dat daarvan sprake zou zijn als de bestuurder niet persoonlijk toeziet op het nakomen van de verplichtingen van de rechtspersoon. Volgens hen werd in oudere rechtspraak terecht aangenomen dat ook andere bestuurders dan degene die handelde aangesproken kunnen worden, wanneer het handelen van die bestuurder geschiedde op basis van een bestuursbesluit. Deze aansprakelijkheid zou dan niet de bestuurders treffen die tegen het nemen van het besluit stemden.¹⁰³ In het arrest Van de Riet/Hoffmann c.s. formuleert de Hoge Raad twee nieuwe normen voor externe bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁰⁴ Naast het vereiste van een voldoende ernstig verwijt kan een bestuurder ook aansprakelijk worden gesteld indien de vennootschap wegens onrechtmatig handelen aansprakelijk is en de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeelde had behoren te voorkomen. De tweede nieuwe norm betreft het handelen van de bestuurder in strijd met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens een derde. Bij deze nieuwe maatstaven is het niet vereist dat een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hierbij gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. Om een bestuurder aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW moet er voldaan worden aan de volgende vijf vereisten:¹⁰⁵

- 1) er moet sprake zijn van een onrechtmatige daad;
- 2) de onrechtmatige daad moet aan de dader kunnen worden toegerekend;
- 3) er moet sprake zijn van schade;

⁹⁶ HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521 (*Beklamel*).

⁹⁷ Polak & Pannevis 2011, p. 156.

⁹⁸ HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873 (*New Holland Belgium/Oosterhof, Driespan*). Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU9066.

⁹⁹ Hof Leeuwarden 29 november 2000, JOR 2001, 105 (*Stichting Opera Groningen*).

¹⁰⁰ HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564 (*Warning-van der Vliet*).

¹⁰¹ Hof 's-Gravenhage 1 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM6020.

¹⁰² Hof Leeuwarden 10 augustus 2012, LJV BX4239.

¹⁰³ Overes, Van der Ploeg en Van Veen, in: Dijk & Van der Ploeg e.a. 2013, p. 231. Zij verwijzen hierbij naar HR 21 januari 1958, NJ 1958, 251 en Van den Ingh, *TvOB* 2005, p. 115-121.

¹⁰⁴ HR 23 november 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX5881 (*Van de Riet/Hoffmann c.s.*).

¹⁰⁵ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/35.

- 4) er moet een causaal verband zijn tussen de onrechtmatige daad en;
- 5) de geschonden norm dient om de benadeelde te beschermen (relativiteit).

Volgens het beginsel dat de eiser in een geding de gronden voor zijn vordering moet stellen en zo nodig bewijzen (art. 150 Rv), zou nu de benadeelde moeten stellen en bewijzen dat de dader schuld heeft.¹⁰⁶ In geval van faillissement betekend dit dat de curator moet stellen en bewijzen dat de onrechtmatige daad aan de schuld van de bestuurder is te wijten.

4.3.2 Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Naast het feit dat de curator een bestuurder aansprakelijk kan stellen op grond van onrechtmatige daad kan de curator in bepaalde gevallen de bestuurder aansprakelijk stellen op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De achtergrond van de aansprakelijkheidsstelling op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur is gelegen in de op 1 januari 1987 in werking getreden Derde Misbruikwet.¹⁰⁷ Deze wet wordt ook wel Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF) genoemd. Het doel van deze wet is het tegengaan van misbruik van rechtspersonen. Daarom wordt ook wel gesproken over anti-misbruikwetgeving. In de memorie van antwoord wordt misbruik beschreven als het gebruiken van de rechtspersoon voor ongeoorloofde doeleinden en het regelmatig door bestuurders verrichten van handelingen ten eigen voordele die ten nadele zijn van de vennootschap en haar schuldeisers.¹⁰⁸ Dit laatste geldt ook wanneer zij dit een enkele maal doen, zonder oogmerk van eigen voordeel.¹⁰⁹ De WBF beoogt misbruik van rechtspersonen tegen te gaan door de curator een sterkere positie te geven bij het persoonlijk aanspreken van bestuurders. Hoewel misbruik zich bij alle rechtspersonen kan voordoen heeft de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de Derde Misbruikwet vastgesteld dat misbruik zich tot dusverre voornamelijk had gemanifesteerd bij de BV en in mindere mate bij de NV.¹¹⁰ Derhalve is de aansprakelijkheidswetgeving voornamelijk gericht op de NV en BV en voor deze rechtspersonen vorm gegeven in de art. 2:138 en 2:248 BW.¹¹¹ In een aantal andere wetsartikelen wordt art. 2:138 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Daarbij geldt als voorwaarde dat deze rechtspersonen aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen.¹¹² Alleen verenigingen en stichtingen die een onderneming drijven dienen vennootschapsbelasting te betalen.¹¹³ Onder een onderneming wordt verstaan een duurzame organisatie van kapitaal die door deelname aan het economische verkeer beoogt winst te halen.¹¹⁴ Voor verenigingen en stichtingen is het begrip "drijven van een onderneming" uitgebreid met een werkzaamheid die uiterlijk met het drijven van een onderneming overeenkomt waardoor in concurrentie wordt getreden met ondernemingen.¹¹⁵ Voor zover een vereniging of stichting geen echte of fictieve onderneming drijft, is zij niet belastingplichtig. In de praktijk komt het voor dat verenigingen en stichtingen activiteiten organiseren die vallen onder het ondernemingsbegrip en activiteiten die niet vallen onder het ondernemingsbegrip. Per afzonderlijke activiteit moet worden getoetst of sprake is van het drijven van een onderneming. De Staatssecretaris van Financiën neemt het standpunt in dat een gescheiden beoordeling van activiteiten niet aan de orde is als naar

¹⁰⁶ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/107.

¹⁰⁷ Wet van 21 mei 1986, *Stb.* 1986, 275.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 33 (MvA).

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 33 (MvA).

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 1-2 (MvA).

¹¹¹ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, par. B en par. D.

¹¹² Zie art. 2:50a BW voor verenigingen, art. 2:53a BW voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen en art. 2:300a BW voor stichtingen.

¹¹³ Art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VBP 1969.

¹¹⁴ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2005, nr. CPP2005/2730M, par. 2

¹¹⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2005, nr. CPP2005/2730M, par. 2

hun aard verschillende activiteiten sterk met elkaar zijn verweven.¹¹⁶ Verenigingen en stichtingen kunnen worden aangemerkt als een algemeen nut beoogde instelling indien zij zich voor minstens 90% inzetten voor het algemene nut.¹¹⁷ Deze ANBI's zijn vrijgesteld van de plicht tot betaling van vennootschapsbelasting.¹¹⁸ Gesteld kan worden dan onder de huidige wetgeving weinig verenigingen en stichtingen de plicht hebben tot betaling van vennootschapsbelasting waardoor art. 2:138 J° 2:248 BW op hen niet van toepassing zijn.

4.3.2.1 Vereisten voor kennelijk onbehoorlijk bestuur

De vereisten voor kennelijk onbehoorlijk bestuur worden in art. 2:138 J°2:248 BW genoemd. In lid 1 is bepaald dat in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan indien:

- 1) het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en;
- 2) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

In paragraaf 4.3.2.2 en 4.3.2.3 worden de hierboven genoemde vereisten behandeld.

4.3.2.2 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling

Een van de vereisten voor aansprakelijkheid in geval van faillissement is kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur.¹¹⁹ Voor de invulling van het begrip 'onbehoorlijke taakvervulling' ex art. 2:138 J°2:248 BW kan aansluiting worden gezocht bij de invulling en uitleg van het begrip 'onbehoorlijke taakvervulling' in art. 2:9 BW. De uitleg van deze begrippen zijn nagenoeg hetzelfde. Volgens de wetgever geldt als additief vereiste voor art. 2:138 J°2:248 BW geobjectiveerde wetenschap van crediteurenbenadeling bij de aangesproken bestuurders.¹²⁰ Met geobjectiveerde wetenschap wordt aangeduid dat de bestuurder wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat door het bestuurshandelen (waaronder ook nalaten) schuldeisers worden benadeeld. In art. 2:9 lid 1 BW wordt gesteld dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. 'De formulering van dit artikel wijst op een inspanningsverbintenis: de bestuurders moeten zich inzetten voor een behoorlijke uitoefening van hun taak, tot een bepaald resultaat zijn zij niet gehouden.'¹²¹ Indien de bestuurder zijn taak niet behoorlijk vervult dan is hij voor het geheel aansprakelijk. Art. 2:9 lid 2 BW luidt immers dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. In art. 2:9 BW worden de woorden 'behoorlijke taakvervulling' en 'onbehoorlijke bestuur' gebruikt.¹²² Waar ligt nu de concrete grens tussen behoorlijke taakvervulling en onbehoorlijke

¹¹⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2005, nr. CPP2005/2730M, par. 3.2. Dit standpunt wijkt af van de uitspraak van de Hoge Raad van 15 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:BH7757 (*Stichting Bloedbank*).

¹¹⁷ In het register van de belastingdienst zijn in totaal 54.162 stichtingen en verenigingen geregistreerd met een ANBI-status. Zie https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/bijzondere_regelingen/goede_doelen/algemeen_nut_beogende_instellingen/belastingregels_algemeen_nut_beogende_instellingen. _

¹¹⁸ Zie art. 5 en 6 Wet VPB 1969, art. 2 Uitvoeringsbesluit VPB 1971 en art. 6 Vrijstellingsbesluit VPB 1971.

¹¹⁹ Zie art. 2:138 lid 1 en art. 2:248 lid 1 BW.

¹²⁰ Hemmes 2014, p. 12. In essentie gaat het om hetzelfde criterium, Van Schilfgaarde 1986, p. 19.

¹²¹ Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, p. 179.

¹²² Deze bewoording wordt ook in het wetsvoorstel gehanteerd. Zie art. 2:9 lid 3 en art. 2:9b lid 1 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3).

bestuur? 'Gedurende de gehele parlementaire behandeling van het wetsontwerp wordt de regering gevraagd concreet aan te geven waar de grens ligt tussen behoorlijke en onbehoorlijke taakvervulling. Bij de beantwoording blijft de regering echter abstract. In steeds wisselende bewoording wordt aangegeven dat het gaat om een algemene term waarin door de rechter in concrete gevallen aan de hand van concrete omstandigheden nadere invulling moet worden gegeven.'¹²³ Uiteindelijk geeft de Hoge Raad in het Staleman/Van de Ven arrest een criterium voor behoorlijk bestuur. Een bestuurder beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.¹²⁴ In dit zelfde arrest gaf de Hoge Raad aan dat bestuurders slechts met succes ex art. 2:9 BW aansprakelijk gesteld kunnen worden als hun een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake de taakvervulling: "...voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult."¹²⁵ 'Aangevoerde feiten en omstandigheden die tot de conclusie kunnen leiden dat het handelen in kwestie geen ernstig verwijt oplevert, moeten door de rechter bij de beoordeling uitdrukkelijk worden betrokken.'¹²⁶ In het arrest Ontvanger/Roelofsen maakt de Hoge Raad duidelijk dat voor aansprakelijkheid wordt vereist dat de bestuurder een 'voldoende' ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹²⁷ Het is niet nodig dat bij de aanwezigheid van meerdere bestuurders die ernstige verwijtbaarheid voor elke bestuurder apart wordt gesteld en bewezen.¹²⁸ Wanneer bij aanwezigheid van meerdere bestuurders ernstige verwijtbaarheid is komen vast te staan, dan moet deze tekortkoming ingevolge de gedachte van het collectief bestuur aan alle bestuurders (het bestuur) worden toegerekend.¹²⁹ In het arrest Schwandt/Berghuizerpapierfabriek wordt het handelen in strijd met de statuten die beogen de rechtspersoon te beschermen aangemerkt als een zwaarwegende omstandigheid die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder bevestigt.¹³⁰ Het begrip 'onbehoorlijke taakvervulling' en de invulling van de omstandigheden waarin sprake is van onbehoorlijke taakvervulling zijn hierboven beschreven. Gesteld kan worden dat indien niet wordt voldaan aan de eisen van behoorlijke taakvervulling er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Nu resteert de vraag wat het verschil is tussen 'onbehoorlijk' en 'kennelijk onbehoorlijk'. Aanvankelijk kwam het woord 'kennelijk' niet voor in art. 2:138 J^o2:248 BW. In de memorie van antwoord wordt het volgende hierover geschreven: 'De toevoeging van het woord kennelijk beoogd volstrekt duidelijk te maken dat het onbehoorlijk handelen of nalaten van het bestuur buiten kijf moet staan en dat in geval van twijfel (de 'grijze zone') geen aansprakelijkheid ontstaat.'¹³¹ Door die toevoeging kan alleen een 'in het oog springende', een bij wijze van spreken elke twijfel uitsluitende onbehoorlijkheid van de taakvervulling in aanmerking komen.¹³² Door aan

¹²³ Uit Cozijn 1991, p. 35.

¹²⁴ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

¹²⁵ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

¹²⁶ De Groot 2011, p. 30. Zie HR 29 november 2002, ECLI:NL:2002AE7011, (*Schwandt/Berghuizerpapierfabriek*).

¹²⁷ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

¹²⁸ Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/446.

¹²⁹ Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/446.

¹³⁰ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, (*Schwandt/Berghuizerpapierfabriek*), r.o. 3.4.5.

¹³¹ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 4 (MvA).

¹³² *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 21 (MvA).

het woord onbehoorlijk bij nota van wijziging 'kennelijk' toe te voegen wordt buiten twijfel gebracht, dat het hier inderdaad gaat om duidelijk als onverantwoordelijk of zelfs als malafide gedrag aan te merken handelingen en niet bijvoorbeeld om beslissingen tot het doen van investeringen die als zakelijk verantwoord risico niettemin tot verlies voor de vennootschap kunnen leiden.¹³³ Volgens het Hof Den Haag moet het gaan om een in het oog springende onbehoorlijkheid van de taakvervulling, die – in de woorden van de wetgever – als “onverantwoordelijk, roekeloos, verregaand onnadenkend en onbezonnen” kan worden aangemerkt.¹³⁴ De concrete omstandigheden van het geval zijn bepalend voor het constateren van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling.¹³⁵ De rechter dient op grond van de totaliteit en de samenhang van de aan hem voorgelegde omstandigheden te oordelen.¹³⁶ Een enkele, op zichzelf niet voldoende ernstig te noemen omstandigheid (bijv. een gewaagde investeringsbeslissing) kan tot kennelijk onbehoorlijke taakvervulling leiden, indien de combinatie met andere omstandigheden die kwalificatie rechtvaardigt. Andersom kan een ernstig verwijtbare handeling worden gemitigeerd door het geheel van omstandigheden.¹³⁷ Aan de hand van de rechtspraak kunnen onder meer de navolgende categorieën van kennelijk onbehoorlijk bestuur worden onderscheiden: het niet bijhouden van administratieve verplichtingen, het betalen van 'zwarte' lonen, het niet voldoen van belasting- en premieschulden; het overlaten van bestuurszaken aan een ander, het zich onttrekken aan bestuurdersverantwoordelijkheid; het onttrekken van geld aan de vennootschap voor privédoeleinden, het verwaarlozen van de belangen van schuldeisers; het onvoldoende doen van onderzoek bij het besturen van de vennootschap.¹³⁸ Volgens De Groot is het terecht dat alledaagse fouten geen aansprakelijkheid voor de bestuurder opleveren.¹³⁹ Bestuurders worden geconfronteerd met vele onzekerheden en risico's. Dat vereist dat in het bijzonder de rechter de bestuurder een zekere bestuurs- en beleidsvrijheid gunt.¹⁴⁰ 'Er is geen sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in geval van onopzettelijke domheden of beleidsfouten, die kunnen worden gerekend tot normale ondernemingsrisico's.'¹⁴¹ De curator heeft in de regel de bewijslast. Hij zal zowel de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling als de causaliteit moeten aan tonen. Dat is een moeilijke taak. Het is veelal lastig om aannemelijk te krijgen dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en zo nog lastiger om aan te tonen dat dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Daarom wordt in het tweede lid van art. 2:138 J^o2:248 BW aangegeven in welke gevallen er in ieder geval sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Hiervan is sprake wanneer er niet is voldaan aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW en wanneer de jaarstukken niet op de in art. 2:394 BW voorgeschreven wijze zijn openbaar gemaakt.¹⁴² In deze gevallen wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.¹⁴³ Door deze bewijsvermoedens vergemakkelijkt de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement en wordt de positie van de curator verstrekt. In de jurisprudentie zijn diverse voorbeelden te vinden van aansprakelijkheid wegens schending van de boekhoudplicht.¹⁴⁴ De verplichting tot het voeren van een administratie ex art. 2:10 BW is inhoudelijk gelijk aan art. 3:15i BW. Volgens de Hoge Raad is aan de

¹³³ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 26 (MvA).

¹³⁴ Zie Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1774.

¹³⁵ Zie Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/457.

¹³⁶ Zie HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006/61 (*Ontvanger/Van Burgeler*) en HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT6017 (*Ontvanger/Holland Foodmachinery B.V.*).

¹³⁷ Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/457.

¹³⁸ HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT6017 (*Ontvanger/Holland Foodmachinery B.V.*), r.o. 2.3.

¹³⁹ De Groot 2011, p. 27.

¹⁴⁰ De Groot 2011, p. 27.

¹⁴¹ Uit: Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/457: zie Hof Den Haag 8 juni 1999, *JOR* 2000/93 (*Van Dijk/Gilhuis*).

¹⁴² Art. 2:138 lid 2 en art. 2:248 lid 2 BW.

¹⁴³ Art. 2:138 lid 2 en art. 2:248 lid 2 BW.

¹⁴⁴ Zie HR 5 september 2003, *JOR* 2003, 225, Rb. Breda 31 maart 2004, *JOR* 2004, 130 en Hof Amsterdam 8 juni 2006, *JOR* 2005, 260.

administratieplicht voldaan indien snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten gezien de aard en omvang van de onderneming een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.¹⁴⁵ Als de jaarrekening voorzien is van een goedkeurende verklaring dan wil dit niet zeggen dat de bestuurder aan zijn boekhoudplicht heeft voldaan.¹⁴⁶ Een ontheffing van de plicht tot het opmaken van de jaarrekening betekent niet dat de boekhoudplicht vervalt.¹⁴⁷ Ook blijft de boekhoudplicht op de bestuurder rusten indien de (bij een derde opgeslagen) administratie door een brand verloren is gegaan.¹⁴⁸ De rechtspersoon is verplicht tot openbaarmaking van de jaarrekening binnen acht dagen na de vaststelling.¹⁴⁹ De jaarrekening moet binnen een termijn van 12 maanden worden gepubliceerd.¹⁵⁰ Overschrijding van deze termijn met slechts enkele dagen geldt als een onbelangrijk verzuim.¹⁵¹

4.32.3 Belangrijke oorzaak faillissement

De tweede vereiste waaraan moet worden voldaan om aansprakelijkheid in geval van faillissement vast te kunnen stellen is dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden is niet aansprakelijk.¹⁵² De bestuurder kan dit bewijzen door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.¹⁵³ Lukt het de bestuurder dit te bewijzen dan moet de curator op grond van art. 2:138 J^o2:248 BW aannemelijk maken dat kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.¹⁵⁴ Indien aan beide voorwaarden van art. 2:138 J^o2:248 BW wordt voldaan kan de bestuurder aansprakelijk worden gesteld voor het tekort in het faillissement. De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijk taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement.¹⁵⁵

4.4 Gevolgen wetsvoorstel

Deze paragraaf begint met een weergave van de wijzigingen in de huidige wetgeving en de reikwijdte van de in het wetsvoorstel genoemde regelingen. Daarna wordt beschreven welke persoonlijke gevolgen de voorgestelde wetswijziging heeft voor een bestuurder van een vereniging of stichting. Ten slotte eindigt deze paragraaf met een bespreking van de mogelijke maatschappelijke gevolgen die het wetsvoorstel met zich meebrengt.

4.4.1 Wettelijke gevolgen

In paragraaf 4.3.2 is weergegeven dat onder de huidige regelgeving naast de bestuurders van een NV en BV ook de bestuurders van verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen, die onderworpen zijn aan de heffing

¹⁴⁵ HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (*Brens/ Sarper*).

¹⁴⁶ Rb. Arnhem 9 februari 2005, *JOR* 2006, 260.

¹⁴⁷ Hof 's-Gravenhage 27 april 2006, *JOR* 2006, 260.

¹⁴⁸ Rb. Dordrecht 28 november 2007, *LJN* BB9557.

¹⁴⁹ Art. 2:394 lid 1 BW.

¹⁵⁰ Art. 2:394 lid 3 BW.

¹⁵¹ HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (*Brens/ Sarper*).

¹⁵² Art. 2:138 lid 2 en art. 2:248 lid 3 BW.

¹⁵³ HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676 (*Koster/Van Nie q.q.*) en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (*Vlimeta*) en HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*) en HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508 (*Mefigro*).

¹⁵⁴ HR 20 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2006:AY7916 (*Van Schilt/Jansen*) en HR 30 november 2007, *JOR* 2008, 29, (m.nt. YB), *NJ* 2008, 91 (*Messbauer/Jansen q.q.*).

¹⁵⁵ Art. 2:138 lid 6 en art. 2:248 lid 6 BW.

van vennootschapsbelasting, op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk kunnen worden gesteld in geval van faillissement.¹⁵⁶ In een schema ziet dit er als volgt uit:



Schema 1

Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen kunnen bestuurders van alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen in geval van faillissement aansprakelijk gesteld worden op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De voorwaarde dat een stichting, een vereniging of een onderlinge waarborgmaatschappij onderworpen is aan de heffing van vennootschapsbelasting wordt verlaten.¹⁵⁷ De wetgever vindt dit van belang omdat ook bij die rechtspersonen kan voorkomen dat bestuurders zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim en de curator adequate middelen dient te hebben om de geleden schade te verhalen op de bestuurders die hun taken ernstig hebben verzuimd.¹⁵⁸ Het algemene begrip van misbruik zoals deze in de memorie van antwoord op de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement wordt beschreven wordt in het wetsvoorstel niet gebruikt. Daarvoor in de plaats kiest de wetgever voor de woorden fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim.¹⁵⁹ Onderstaand schema geeft een weergave van rechtspersonen waarvan bestuurders na invoering van het wetsvoorstel in geval van faillissement op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk gesteld kunnen worden. Deze aansprakelijkheidsregeling is voor alle rechtspersonen neergelegd in art. 2:9c BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*).



Schema 2

Bij vergelijking van schema 1 en schema 2 is de verruiming, van rechtspersonen waarvan bestuurders in geval van faillissement op grond van onbehoorlijk bestuur aansprakelijk kunnen worden gesteld, duidelijk zichtbaar. Wat betekent deze verruiming voor bestuurders van verenigingen en stichtingen? Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen geldt er voor bestuurders uniforme normen voor

¹⁵⁶ Zie art. 2:138 BW, art. 2:248 BW, art. 2:50a BW, art. 2:53a BW en art. 2:300a BW.

¹⁵⁷ Zie art. 2:9c lid 1 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*).

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, par. 3.5 (MvT)*.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, par. 3.5 (MvT)*.

taakvervulling.¹⁶⁰ Deze uniforme normen voor taakvervulling worden gecodificeerd in art. 2:9 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). Een belangrijke wijziging in dit wetsartikel is dat de bestuurder in het belang van de rechtspersoon handelt.¹⁶¹ Dit ziet op de (interne) rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon. In termen van de business judgment rule wordt in dit wetsartikel de duty of good faith gecodificeerd. De bestuurder is te goede trouw en meent het belang van de rechtspersoon optimaal te behartigen. De business judgment rule geeft een standaard voor bestuurlijk gedrag (standards of conducts) en voor rechterlijke toetsing (standard of review). A standard of conduct states how an actor should conduct a given activity or play a given role. A standard of review states the test a court should apply when it reviews an actor's conduct to determine whether to impose liability or grant injunctive relief.¹⁶² Daarnaast wordt in termen van de business judgment rule in art. 2:9 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*) ook de duty of loyalty gecodificeerd: de bestuurder mag niet deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft die tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon.¹⁶³ Daar waar m.b.t. de uniformering voor een behoorlijke taakvervulling de duty of loyalty en duty of good faith normen van de business judgment rule worden gecodificeerd, blijft de codificatie van de duty of care (een bestuurder handelt op een geïnformeerde en weloverwogen wijze) achterwege.¹⁶⁴ Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen komt de norm voor onbehoorlijk bestuur zoals deze thans is vastgelegd in art. 2:9 BW (en welke reeds beschreven is in paragraaf 4.3.2.2) terug in art. 2:9c lid 2 en 3 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*) en in art. 2:9b lid 1 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). De inhoud van deze regels blijft hetzelfde. De norm voor kennelijk onbehoorlijk bestuur zoals deze thans is vastgelegd in art. 2:138 J^o2:248 BW komt na de wetswijziging terug in art. 2:9c BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). Deze regel kent geen inhoudelijke wijziging. Wel wordt de reikwijdte van de regel verruimt. Door verplaatsing van deze regel naar het algemene gedeelte van de wettelijke regeling in Boek 2 BW geldt deze regel na invoering van het wetsvoorstel voor alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen.¹⁶⁵ Zo ook voor de vereniging en de stichting. Dit betekent dat in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.¹⁶⁶ In de memorie van toelichting geeft de wetgever aan dat de uitleg die voor de NV en BV aan de regel van art. 2:138 J^o2:248 BW is gegeven, ook kan worden toegepast op andere rechtspersonen.¹⁶⁷ Daarom kan voor de invulling en uitleg van art. 2:9c BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*) aansluiting worden gezocht bij hetgeen in de literatuur is geschreven over de art. 2:138 J^o2:248 BW voor de BV en de NV. Daarnaast is de jurisprudentie over deze regels van overeenkomstige toepassing. Deze regels en jurisprudentie zijn beschreven in paragraaf 4.3.2.2. Voor onbezoldigde bestuurders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen wordt slechts een uitzondering gemaakt. Om meer bescherming te bieden aan onbezoldigde bestuurders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen en onbezoldigde bestuurders van informele verenigingen is het onweerlegbaar vermoeden niet op hen van toepassing.¹⁶⁸

¹⁶⁰ Zie *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*, par. 3.3 (MvT).

¹⁶¹ Zie art. 2:9 lid 3 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*).

¹⁶² Eisenberg 1993, p. 437.

¹⁶³ Zie art. 2:9 lid 5 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*).

¹⁶⁴ Voor de duty of care zie Eisenberg 1993, p. 439. Voor de duty of good faith zie Eisenberg 1993, p. 449. Voor de duty of loyalty zie Eisenberg 1993, p. 450.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*, p. 1 (MvT).

¹⁶⁶ Zie art. 2:138 en 2:248 BW en art. 2:9c lid 1 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*).

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*, p. 2 (MvT).

¹⁶⁸ Zie art. 2:138 J^o2:248 BW en art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*).

In schema ziet dit er als volgt uit:



Schema 3

Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt de reikwijdte van aansprakelijkheidstelling op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur verruimd naar bestuurders van alle rechtspersonen. Met in achtneming van al hetgeen dat hierover geschreven is in paragraaf 4.3.2, 4.3.2.1 en 4.3.2.2 kan gesteld worden dat bestuurders van verenigingen en stichtingen in geval van faillissement eenvoudiger aansprakelijk kunnen worden gesteld dan onder de huidige regelgeving het geval is. Daarnaast kan niet onderkend worden dat voor bestuurders van verenigingen en stichtingen dit een aanzienlijke verzwarende is van het risico om aansprakelijk gesteld te kunnen worden in geval van faillissement.

4.4.2 Persoonlijke gevolgen bestuurder

Indien de curator een bestuurder met succes aansprakelijk stelt voor het tekort in de boedel moet de bestuurder uit zijn privé vermogen het tekort in de boedel voldoen. Dit financiële risico treft de bestuurder in zijn gehele vermogen. Naast dit financiële risico moet een bestuurder er ook rekening mee houden dat indien hij in geval van faillissement aansprakelijk wordt gesteld aan hem een bestuursverbod kan worden opgelegd.¹⁶⁹ Het bestuursverbod geldt voor huidige en toekomstige bestuursfuncties gedurende een periode van 5 jaren.¹⁷⁰ Dat betekent dat de bestuurder zijn huidige functie niet meer mag vervullen. De bestuurder wordt voor zijn huidige functie uitgeschreven uit het Handelsregister. Het bestuursverbod wordt openbaar gemaakt door registratie in het Handelsregister.¹⁷¹ Deze openbaarmaking kan leiden tot reputatieschade van de bestuurder.¹⁷² In de literatuur wordt de effectiviteit van het bestuursverbod bekritiseerd.¹⁷³

4.4.3 Maatschappelijke gevolgen

De impact van het wetsvoorstel is enorm. Zoals beschreven in paragraaf 4.4.1. kunnen bestuurders na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen kunnen eenvoudiger aansprakelijk gesteld worden in geval van faillissement. In paragraaf 4.4.2

¹⁶⁹ Art. 106a lid 1 onder a FW.

¹⁷⁰ Art. 106b lid 1 Fw.

¹⁷¹ Art. 106b lid 3 Fw.

¹⁷² Zie Doorenbos 2007, p. 26.

¹⁷³ Zie Doorenbos 2008, p. 422-428. Zie ook Keijzer 2015, p. 173-179.

is aangegeven dat indien de bestuurder in geval van faillissement aansprakelijk wordt gesteld hij het tekort in de boedel moet voldoen uit zijn privé vermogen en mogelijk een bestuursverbod krijgt opgelegd. Gevreesd wordt dat het wetsvoorstel leidt tot een tekort aan personen die zich al dan niet vrijwillig als bestuurder van een vereniging of stichting willen inzetten.¹⁷⁴ Plomp en Overes zijn van mening dat het wetsvoorstel er toe zal leiden dat mensen worden afgeschrikt om een bestuursfunctie te vervullen en zittende bestuurders zich zeer defensief zullen opstellen en daardoor vernieuwing in de sector zal worden gefrustreerd.¹⁷⁵ In de rechtspraak zijn weinig uitspraken waarin wordt aangegeven dat een ruime aansprakelijkheid leidt tot defensief gedrag. Een voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2008 waarin zij aanneemt dat door het aanvaarden van een hoge drempel van aansprakelijkheid van een bestuurder wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.¹⁷⁶ In de literatuur wordt concreet verwezen naar het verband tussen aansprakelijkheid en defensief verdrag.¹⁷⁷ Ook is het volgens Plomp en Overes denkbaar dat uitsluitend het belang van de vereniging of stichting voor ogen zal worden gehouden en daarmee niet de bredere context van het maatschappelijk belang.¹⁷⁸ Ondanks de maatschappelijke impact die het wetsvoorstel volgens diverse marktpartijen heeft, heeft de wetgever in het wetsvoorstel geen uitzondering willen maken voor bestuurders van verenigingen en stichtingen omdat ook bij deze rechtspersonen kan voorkomen dat bestuurders zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim.¹⁷⁹ Daar waar de wetgever tijdens het opstellen van de WBF nog van mening was dat misbruik zich weliswaar bij alle rechtspersonen kan voordoen, doch zich tot dusverre voornamelijk heeft gemanifesteerd bij de besloten en – zij het in mindere mate – de naamloze vennootschappen en de invoering van ver gaande aansprakelijkheidsbepalingen bij niet-commerciële rechtspersonen zoals stichtingen en verenigingen op grote weerstand zou stuiten gezien de maatschappelijke gevolgen die het met zich mee zou brengen,¹⁸⁰ ziet de wetgever thans geen reden om een algehele uitzondering te maken voor bestuurders van verenigingen en stichtingen.

4.5 Rechtsvergelijking

Deze paragraaf begint met een algemene beschrijving van aansprakelijkheid van bestuurders. In paragraaf 4.5.2 volgt een korte beschrijving van de insolventieprocedure in Duitsland. In paragraaf 4.5.3 is beschreven welke mogelijkheden derden hebben om een bestuurder aansprakelijk te stellen. Tenslotte volgt in paragraaf 4.5.4 een vergelijking van de aansprakelijkheidsnormen. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt in de gedragsnorm en de mate van verwijtbaarheid.

4.5.1 Bestuurdersaansprakelijkheid

Naar Duits recht zijn verenigingen en stichtingen een rechtspersoon.¹⁸¹ Vereniging en stichtingen worden vertegenwoordigd door het bestuur.¹⁸² Ook naar Duits recht betekent 'vertegenwoordiging' het toerekenen van rechtshandelingen aan een ander dan de handelende persoon.' *Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz*

¹⁷⁴ Zie reacties op het wetsvoorstel op Overheid.nl. Consultatie Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

¹⁷⁵ Blanco Fernández e.a. 2016, p. 19.

¹⁷⁶ HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:BC4959, r.o. 5.3.

¹⁷⁷ Voor een samenvatting van de diverse standpunten in de literatuur zie Van Dijck 2013, par. 2.3.

¹⁷⁸ Blanco Fernández e.a. 2016, p. 19.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 7 (MvT).

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 1 (MvA).

¹⁸¹ Voor de vereniging zie § 21 BGB en voor de stichting zie § 80 BGB.

¹⁸² Voor de vereniging zie § 26 BGB en voor de stichting zie § 86 BGB.

*verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.*¹⁸³ Hoofregel is dat de vereniging aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door het bestuur, een lid van het bestuur of door een andere vertegenwoordiger tegenover derden. Een uitzondering hierop is dat bestuurders aansprakelijk zijn indien er sprake is van gewone nalatigheid aan de zijde van de bestuurder. Dit vloeit net als in het Nederlandse recht voort uit de algemene verbintenisrechtelijke beginselen van het BGB.¹⁸⁴ Net zoals het Nederlandse recht kent ook het Duitse recht een onderverdeling in interne en externe aansprakelijkheid: *Haftung des Vorstands im Innenverhältnis gegen den Verein und Haftung des Vorstands im Außenverhältnis gegenüber Dritten*. Aansprakelijkheid tegenover derden wordt aangeduid als *Haftungsdurchgriff* en ziet op de doorbreking van de hoofregel van *Trennungsprinzips*. Het begrip '*Haftungsdurchgriff*' komt niet voor in de Duitse wetgeving maar heeft zich ontwikkeld in de rechtspraak en literatuur.¹⁸⁵ Onder *Trennungsprinzip* wordt verstaan de scheiding tussen privévermogen en ondernemingsvermogen.¹⁸⁶

4.5.2 Faillissement

Ook in Duitsland kunnen verenigingen en stichtingen failliet gaan.¹⁸⁷ Een ander woord voor failliet is insolvent. In het Duits betekent *Insolvenz* van oorsprong '*Sich nicht lösen können*', waarmee bedoeld wordt dat men zich niet van de schulden kan bevrijden.¹⁸⁸ De insolventieprocedure is met ingang van 1 januari 1999 vastgelegd in de *Insolvenzordnung*.¹⁸⁹ Het begrip insolventie omvat in het nieuwe recht zowel de vroegere faillissementsprocedure (*Konkursverfahren*) als de surséance van betaling (*Vergleichsverfahren*). Gronden voor insolventie zijn *Zahlungsunfähigkeit*, *drohenden Zahlungsunfähigkeit* en *Überschuldung*.¹⁹⁰ Naar Nederlands recht is dit anders. Van faillissement is uitsluitend sprake indien de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen.¹⁹¹ Net als in het Nederlandse recht verkrijgt de *Insolvenzverwalter* de bevoegdheid tot beheer en beschikking van het vermogen van de schuldenaar.¹⁹² De *Insolvenzverwalter* stelt het vermogen van de schuldenaar vast (*Insolvenzmasse*)¹⁹³ en verdeelt deze over de schuldeisers.¹⁹⁴ Ook in het Duitse recht wordt de insolventieprocedure geopend met als doel het vermogen van de schuldenaar gelijkmatig te verdelen over de schuldeisers.¹⁹⁵ De relatie tussen de bestuurder en de schuldeisers betreft een externe relatie. Indien de curator in geval van faillissement een bestuurder aansprakelijk stelt is daarom ook naar Duits recht sprake van externe bestuurdersaansprakelijkheid.

4.5.3 Aansprakelijkheid bestuurder jegens derden

Naar Duits recht kan een bestuurder van een vereniging of stichting door een derde aansprakelijk worden gesteld voor de door hem geleden schade. Enkele voorbeelden van gronden voor externe aansprakelijkheid in het Duitse recht zijn:

- *Unerlaubte Handlungen* (§ 823 BGB);
- *Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung* (§ 826 BGB);
- *Nichterfüllung gesetzlicher Pflichten*.

¹⁸³ § 31 BGB.

¹⁸⁴ Küpperfahrendberg 2005, p. 195.

¹⁸⁵ Beuthien e.a. 2016, par. 3, Rn. 52.

¹⁸⁶ Beuthien e.a. 2016, par. 13, Rn. 33.

¹⁸⁷ § 42 BGB en § 86 BGB jo. § 11 Abs. 1 InsO.

¹⁸⁸ Zie www.anwalt.de/rechtstipps/vorsicht-insolvenz-was-muessen-sie-beachten_003648.html.

¹⁸⁹ InsO v. 5.10.1994, BGBl. I S. 2866.

¹⁹⁰ Voor *Zahlungsunfähigkeit* zie § 17 InsO, voor *drohenden Zahlungsunfähigkeit* zie § 18 InsO en voor *Überschuldung* zie § 19 InsO.

¹⁹¹ Art. 1 Fw.

¹⁹² § 22 InsO en § 80 InsO.

¹⁹³ § 35 InsO.

¹⁹⁴ § 38 InsO, § 39 InsO en § 187 InsO.

¹⁹⁵ Kirchhof e.a. 2013, Einleitung, Rn. 1.

Als een bestuurder jegens een derde persoonlijk een onrechtmatige daad begaat is hij aansprakelijk voor de door hem veroorzaakte schade.¹⁹⁶ Er moet sprake zijn van een *vorsätzlich oder fahrlässig* handelen of nalaten.¹⁹⁷ Een bestuurder kan ook aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad als hij een Schutzgesetz schendt.¹⁹⁸ Naast de bestuurder kan ook de vereniging of stichting op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld.¹⁹⁹ De bestuurder en de vereniging of stichting zijn als *Gesamtschuldner*²⁰⁰ aansprakelijk.²⁰¹ De bestuurder die handelt in strijd met de goede zeden en daarbij bij anderen opzettelijk schade veroorzaakt is verplicht deze schade te vergoeden.²⁰² De *Schadenersatz wegen Pflichtverletzung* heeft als functie bescherming te bieden tegen *reiner Vermögensinteressen, die keinen allgemeinen Deliktsschutz genießen*.²⁰³ Ook in deze situatie zijn de bestuurder en de vereniging of stichting als *Gesamtschuldner* aansprakelijk.²⁰⁴ Het Duitse recht kent in haar wetgeving diverse bepalingen die leiden tot een persoonlijke aansprakelijkheidstelling van de bestuurder als de bestuurder deze bepalingen niet naleeft of schendt. Voorbeelden hiervan zijn schending van de *steuerlichen Pflichten*, niet betalen van de *Sozialversicherungsbeiträge* en schending van de *Insolvenz Antragspflicht*. Bij schending van de *steuerlichen Pflichten haftet der Vorstands des Vereines neben dem Verein für die Abgaben, soweit die Abgaben infolge schuldhafter Verletzung der dem Vorstand auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können*.²⁰⁵ Op het gebied van de sociale verzekeringen zijn bestuurders, naast de vereniging of stichting aansprakelijk, als de *Beiträge beim Primärschuldner aufgrund schuldhafter Pflichtverletzung (des Vertreters) nicht eingebracht werden können. Schuldhafte Pflichtverletzungen* zijn: *Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen, Meldeverstöße, die Beitragsausfälle zur Folge haben en Ungleichbehandlung von Sozialversicherungsbeiträgen*.²⁰⁶ Het Nederlandse recht kent een vergelijkbare regeling voor aansprakelijkheid voor premie- en belastingschulden van de rechtspersoon. Deze regeling is neergelegd in de Tweede Misbruikwet (WBA). Krachtens deze wet zijn bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor premie- en belastingschulden van de vennootschap, indien deze premie- en belastingschulden niet betaald zijn en het aannemelijk is dat de niet-betaling van deze schulden aan een bestuurder te wijten is als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur.²⁰⁷ Het Duitse recht kent een aansprakelijkheidsregeling voor het te laat aanvragen van de insolventieprocedure door een bestuurder van een vereniging of stichting. In de situatie dat een vereniging of stichting '*zahlungsunfähig*' of '*überschuldet*' is hebben de bestuurders de plicht om, na ingang van de '*zahlungsunfähig*' of '*überschuldet*', de opening van een insolventieprocedure zonder vertraging aan te vragen.²⁰⁸ Dit wordt de *Antragspflicht* genoemd.²⁰⁹ In § 42 Abs. 2 BGB is geregeld dat '*Der Vorstand im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen hat. Wird die Stellung des Antrags verzögert, so sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesamtschuldner*'. Via de schakelbepaling van § 86 BGB is deze bepaling ook van toepassing op bestuurders van

¹⁹⁶ § 823 Abs. 1 BGB.

¹⁹⁷ Zie § 823 Abs. 1 BGB.

¹⁹⁸ § 823 Abs. 2 BGB.

¹⁹⁹ Habersack e.a. 2013, par. 823, Rn. 76.

²⁰⁰ Met Gesamtschuldner wordt in het Duitse recht hoofdelijke verbonden in de schulden bedoeld. Voor het begrip Gesamtschuldner zie § 421 BGB.

²⁰¹ Säcker 2015, par. 31, Rn. 25.

²⁰² § 826 BGB.

²⁰³ Habersack e.a. 2013, par. 826, Rn. 4.

²⁰⁴ Habersack e.a. 2013, par. 826, Rn. 35.

²⁰⁵ § 9 Abs. 1 iVm § 80 Abs. 1 BAO.

²⁰⁶ § 67 Abs. 10 ASVG.

²⁰⁷ Deze regeling uit de Tweede Misbruikwet is neergelegd in art. 36 lid 1 IW 1990.

²⁰⁸ § 42 Abs. 2 iVm § 86 BGB.

²⁰⁹ Zie § 15a InsO.

stichtingen. Hierbij gaat het om de uit het Kapitalgesellschaftsrecht bekende Insolvenzverschleppung, die daar geen speciale regeling heeft, maar volgt uit § 823 BGB in vergelijking met § 15a InsO.²¹⁰ Een verschil tussen § 15a InsO en § 42 Abs. 2 BGB is dat in § 15a InsO de aanvraag van insolventieprocedure plaats moet vinden binnen drie weken na het ontstaan van de *Zahlungsunfähigkeit* of de *Überschuldung*. In § 42 Abs. 2 BGB staat daarentegen dat de bestuurder, zonder vertraging, de insolventieprocedure moet aanvragen. De bestuurder van een vereniging of stichting kan hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld indien een bestuurder de Insolvenz Antragspflicht verzuimt of te laat instelt. In het Duitse rechtstelsel valt deze beschermingsregel onder een *Schutzgesetz*. Wordt een wettelijke beschermingsplicht (*Schutzgesetz*) geschonden dan is er sprake van *Schutzgesetzverletzung* waaruit direct de aansprakelijkheid voortvloeit.²¹¹ In het Duitse recht worden crediteuren onderscheiden in *Altgläubiger* en *Neugläubiger*. *Altgläubiger* zijn crediteuren die reeds voor de aanvraag van de insolventieprocedure een vordering op de rechtspersoon hebben. Met *Neugläubiger* worden crediteuren bedoeld waarvan de vordering is ontstaan nadat de rechtspersoon een insolventieprocedure heeft aangevraagd. De schade die de *Altgläubiger* door Insolvenzverschleppung lijdt wordt *Quotenschaden* genoemd. *Quotenschaden* is schade die ontstaat door een te late aanvraag van de insolventieprocedure en alleen deze schade kan op de bestuurder persoonlijk verhaald worden.²¹² De *Neugläubiger* heeft geen contract met de rechtspersoon en hun schade bestaat uit *Forderungsausfall*.²¹³ Aan de *Altgläubiger* staat de Insolvenzmasse ter beschikking. De *Neugläubiger* delen niet mee in de Insolvenzmasse. Indien er na verdeling van de boedel gelden overblijven kunnen *Neugläubiger* hier aanspraak op maken.²¹⁴ Naar Nederlands recht wordt in geval van faillissement vermoed dat er sprake is van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling indien niet wordt voldaan aan de boekhoudplicht en de jaarrekening niet tijdig wordt gedeponereerd.²¹⁵ Naar Duits recht is de bestuurder van een vereniging en stichting verplicht verantwoording af te leggen aan de ledenvergadering over het gevoerde financieel beleid.²¹⁶ In de *Abgabenordnung* wordt een algemene boekhoudplicht onderscheiden van een boekhoudplicht voor *bestimmter Steuerpflichtiger*.²¹⁷ Voor *Steuerpflichtiger* bestaat er een boekhoudplicht als de jaaromzet meer dan 600.000 euro bedraagt of de winst per jaar meer is dan 25.000 euro.²¹⁸ Als deze grenzen niet worden overschreden moeten verenigingen en stichtingen voldoen aan een zogenaamde "algemene" boekhoudplicht.²¹⁹ Dit houdt in dat de vereniging of stichting moet voldoen aan de rechtelijke verplichting om de inkomsten en uitgaven op een overzichtelijke en geordende manier te tonen.²²⁰ Schending van deze plichten (*Schutzgesetz*) kan een *unerlaubte Handlung* tot gevolg hebben.²²¹ De boekhoudplicht is ook neergelegd in § 238 HGB. Deze boekhoudplicht komt inhoudelijk overeen met de Nederlandse boekhoudplicht ex art. 2:10 en 3:15i BW. De boekhouding moet derden op eenvoudige wijze inzicht geven in de inkomsten en uitgaven. Naar Duits recht zijn verenigingen en stichtingen waarvan de laatste twee jaren de omzet kleiner was dan 600.000 euro en de *Jahresabschluss* niet meer dan 60.000 euro bedroeg vrijgesteld van de boekhoudplicht.²²² Verenigingen en stichtingen die niet een wettelijke plicht hebben tot het opstellen van een balans kunnen wel vrijwillig een balans opstellen. Zodra een balans

²¹⁰ Säcker 2015, par. 42, Rn. 18.

²¹¹ Dit vloeit voort uit art. 823 BGB.

²¹² Säcker 2015, par. 42, Rn. 19.

²¹³ Säcker 2015, par. 42, Rn. 19.

²¹⁴ Kirchhof e.a. 2013, par. 35, Rn. 47h.

²¹⁵ Art. 2:138 lid 2 BW en art. 2:248 lid 2 BW.

²¹⁶ § 27 Abs. 3 BGB iVm § 666 BGB.

²¹⁷ Zie § 63 AO en § 141 AO.

²¹⁸ § 141 AO.

²¹⁹ § 63 AO.

²²⁰ § 63 Abs. 3 AO.

²²¹ § 63 AO oder 141 AO iVm § 823 Abs. 2 BGB.

²²² § 241a HGB.

wordt opgemaakt (vrijwillig dan wel verplicht) moet de balans voldoen aan de regels zoals neergelegd in § 238 t/m § 251 HGB. De balans moet voldoen aan de in de wet gestelde eisen en openbaar worden gemaakt.²²³ Ook in Nederland moet de balans en jaarrekening voldoen aan wettelijke regels.²²⁴ De jaarrekening moet tijdig openbaar worden gemaakt.²²⁵ Een jaarrekening hoeft niet openbaar worden gemaakt als een vereniging of stichting voldoet aan de vrijstelling van de publicatieplicht.²²⁶ Schending van of overschrijding van de termijn van openbaarmaking van de jaarrekening heeft in geval van faillissement tot gevolg dat vermoed wordt dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.²²⁷ De verschillende externe aansprakelijkheidsregelingen in Duitsland verschillen niet met de aansprakelijkheidsregelingen in Nederland. Wel is er een verschil betreffende de aansprakelijkheid in geval van faillissement. De invulling van de gedragsnorm voor bestuurdersaansprakelijkheid rondom faillissement is verschillend. In Duitsland ligt het accent op de aansprakelijkheid van de bestuurder bij het veroorzaken van het faillissement en het tijdig indienen hiervan. In het Nederlandse rechtstelsel ligt de nadruk op de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur als aannemelijk is dat dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het verschil in de gedragsnorm voor aansprakelijkheid van de bestuurder maakt dat deze gedragsnormen naar Nederlands en Duits recht moeilijk met elkaar te vergelijken zijn. De aansprakelijkheidsnorm bestaat uit twee componenten: 1) de gedragsnorm en 2) de verwijtbaarheidsmaatstaf. Welk gedrag leidt tot aansprakelijkheid en welke mate van verwijtbaarheid is hiervoor vereist? Nu de gedragsnorm niet met elkaar is te vergelijken ligt een vergelijking van de verwijtbaarheidsmaatstaf voor de hand. Daarnaast is een beperking van de aansprakelijkheid mogelijk door aanpassing van de verwijtbaarheidsmaatstaf. Welke mate van verwijtbaarheid kan bij schending van de gedragsnorm leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid waarbij de bestuurder wordt veroordeeld om de schade te vergoeden? In de volgende paragraaf worden de verwijtbaarheidsmaatstaven naar Nederlands en Duits recht met elkaar vergeleken. Het doel van de vergelijking is het vaststellen van overeenkomsten en/of verschillen in de verwijtbaarheidsmaatstaven naar Nederlands en Duits recht. Een vergelijking tussen de verwijtbaarheidsmaatstaven die gelden in het Nederlandse en Duitse recht kan wellicht antwoord geven op de vraag of een beperking van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een vereniging of stichting in het Nederlandse recht wenselijk is en op welke wijze vorm kan worden gegeven aan deze beperking.

4.5.4 Aansprakelijkheidsnorm: gedragsnorm en mate van verwijtbaarheid

Het verenigings- en stichtingsrecht heeft in het BGB geen specifieke norm die de aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van de vereniging en stichting regelt.²²⁸ Op het bestuur van een vereniging en stichting rust de plicht van *Treu und Glauben*.²²⁹ De belangen van de vereniging moeten zo doeltreffend mogelijk worden behartigd. Dit wordt ook wel de *Treuepflicht* genoemd.²³⁰ Schending van de Treuepflicht leidt er toe dat de vereniging de bestuurder aansprakelijk kan stellen voor de door hem veroorzaakte schade. Op grond van § 27 Abs. 3, § 665 e.v. en § 280 Abs. 1 BGB dient de bestuurder de vereniging schadeloos te stellen. § 276 Abs. 2 BGB definieert wat nalatig is en § 277 BGB grenst de zorgvuldigheid af van grove nalatigheid. De maatstaf om te beoordelen of er sprake is van gewone nalatigheid is gelegen in § 276 BGB. Bestuurders moeten die zorgvuldigheid in acht nemen die door een '*ordentliche, gewissenhafte und ihrer Aufgabe*

²²³ Voor voorschriften voor de balans zie § 247 en § 248 HGB. Voor de openbaarmakingsplicht zie § 242 HGB.

²²⁴ Zie titel 9 Boek 2 BW.

²²⁵ Art. 2:394 BW.

²²⁶ Art. 2:396 BW.

²²⁷ Art. 2:138 lid 2 en art. 1:248 lid 2 BW.

²²⁸ Anders is dit bij de AG en de GmbH. Voor de AG zie § 93 AktG en voor de GmbH zie § 43 GmbHG.

²²⁹ § 242 BGB.

²³⁰ Schöpflin, in: Beuthien e.a. 2016, par. 35, Rn. 14.

gewachsene’ persoon in acht moet worden genomen.²³¹ Daarbij kan rekening worden gehouden met de omstandigheden van het geval zoals de grootte van de vereniging, het doel van de vereniging als ook de omvang van de activiteiten.²³² Dit komt overeen met het Nederlandse criterium voor behoorlijk bestuur zoals de Hoge Raad deze gaf in het Staleman/Van de Ven arrest: een bestuurder beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Of in een bepaald geval sprake is van een ernstig verwijt moet beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot deze omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen.²³³ Gesteld kan worden dat de invulling van de (gedrags)norm voor behoorlijk bestuur, die ziet op de interne rechtsverhouding, naar Nederlands en Duits recht niet significant van elkaar verschillen. In § 31a BGB wordt voor een onbezoldigd bestuurder van een vereniging en een bestuurder van een vereniging die een geringe vergoeding ontvangt een uitzondering gemaakt op de hoofdregel.²³⁴ In plaats van dat deze bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld in geval van ‘gewone nalatigheid’ is deze bestuurder pas dan persoonlijk aansprakelijk als de schade door hem met opzet of door grove nalatigheid is veroorzaakt.²³⁵ Aan § 31a BGB ligt de *Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen* ten grondslag.²³⁶ Het doel van deze wet is de aansprakelijkheidsrisico's van bestuurders, die als vrijwilliger bij een vereniging werkzaam zijn, te beperken.²³⁷ Volgens de wetgever moet de persoonlijke aansprakelijkheid van een vrijwillig bestuurder beperkt worden omdat de mate van de aansprakelijkheid niet in verhouding staat tot de hoeveelheid tijd en werk die een vrijwilliger zonder vergoeding in de vereniging steekt.²³⁸ Daarentegen meent de wetgever dat de strenge aansprakelijkheidseisen voor beroepsmatige bestuurders gerechtvaardigd zijn.²³⁹ De wetgever meent dat door beperking van de aansprakelijkheid meer bestuursfuncties door vrijwilligers in het verenigingsleven zullen worden uitgeoefend waardoor de maatschappelijke betrokkenheid van burgers versterkt wordt.²⁴⁰ In deze wet wordt voor de onbezoldigd bestuurder en de bestuurder die slechts een geringe vergoeding ontvangt zowel de interne als de externe aansprakelijkheid begrenst.²⁴¹ De interne aansprakelijkheid wordt in § 31a BGB Abs. 1 begrenst tot opzet en grove nalatigheid.²⁴² De externe aansprakelijkheid wordt begrenst in § 31a Abs 2. BGB. Indien een bestuurder tegenover een derde verplicht is tot het vergoeden van de schade die is ontstaan bij de vervulling van zijn bestuurstaak kan hij van de vereniging eisen dat hij bevrijd wordt van deze verplichting. Deze bevrijding geldt niet indien er sprake is van opzet of grove nalatigheid. De eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de derde blijft bestaan. Als een vereniging op grond van zijn financiële situatie niet in staat is om de schade die een derde, als gevolg van het handelen van een

²³¹ Küpperfahrenheit 2005, p. 201.

²³² Waldner, in: Beuthien e.a. 2016, par. 35, Rn. 1.

²³³ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

²³⁴ Onder een geringe vergoeding wordt een vergoeding van maximaal 720 euro per jaar verstaan. Zie § 31a BGB.

²³⁵ § 31a BGB: Sind Organmitglieder oder besondere Vertreter unentgeltlich tätig oder erhalten sie für ihre Tätigkeit eine Vergütung, die 720 Euro jährlich nicht übersteigt, haften sie dem Verein für einen bei der Wahrnehmung ihrer Pflichten verursachten Schaden nur bei Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

²³⁶ Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28. September 2009, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2009 Teil I Nr. 64, ausgegeben zu Bonn am 2. Oktober 2009, p. 3161.

²³⁷ Gesetzentwurf, *Drucksache* 16/10120, p. 1.

²³⁸ Begründung, *Drucksache* 16/10120, p. 6.

²³⁹ Begründung, *Drucksache* 16/10120, p. 6.

²⁴⁰ Gesetzentwurf, *Drucksache* 16/10120, p. 1.

²⁴¹ Gesetzentwurf, *Drucksache* 16/10120, p. 1.

²⁴² Zie ook Gesetzentwurf, *Drucksache* 16/10120, p. 1.

bestuurder heeft geleden, te vergoeden, blijft de onbezoldigd bestuurder naast de vereniging aansprakelijk.²⁴³ In geval van faillissement wordt de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens derden niet begrenst tot opzet of grove nalatigheid.²⁴⁴ Dit betekent dat indien een vereniging in staat van faillissement verkeerd een bestuurder naast de vereniging aansprakelijk is. De verwijtbaarheidsmaatstaf voor aansprakelijkheid is in dit geval de 'gewone nalatigheid'.²⁴⁵ De hierboven genoemde regels voor de vereniging zijn via de schakelbepaling van § 86 BGB ook van toepassing op stichtingen. Het Duitse recht kent twee gradaties van schuld: *Vorsatz* en *Fahrlässigkeit*.²⁴⁶ De *Fahrlässigkeit* kan onderverdeeld worden in *leichte Fahrlässigkeit* en *grobe Fahrlässigkeit*.²⁴⁷ *Fahrlässigkeit* wordt in § 276 BGB gedefinieerd. Van *grobe Fahrlässigkeit* is sprake als *die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlichem Maße vernachlässigt wird (culpa lata)*.²⁴⁸ Er is sprake van *leichte Fahrlässigkeit* (*culpa levis*) als *jede Fahrlässigkeit die nicht grob ist. Die leichte Fahrlässigkeit ist von § 276 Abs. 2 BGB umschlossen*.²⁴⁹ Niet de persoonlijke bekwaamheid van een bestuurder maar de in de maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid zijn maatgevend om te bepalen of de bestuurder voor zijn handelen aansprakelijk is.²⁵⁰ In het Nederlandse recht is deze zorgvuldigheidsnorm neergelegd in het arrest Van de Riet/Hoffmann c.s.²⁵¹ De bestuurder moet voldoen aan de op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting. Ook naar Nederlands recht volstaat in een dergelijk geval een gewoon verwijt.²⁵² In de Duitse literatuur wordt het verschil tussen *leichter* of *einfacher Fahrlässigkeit* en *grober Fahrlässigkeit* met de volgende uitdrukking inzichtelijk gemaakt: '*Leicht ist die Fahrlässigkeit, wenn man sagt: 'Das kann vorkommen', grob, wenn man sagen muss: 'Das darf nicht vorkommen'*'.²⁵³ Het begrip *Vorsatz* is niet in het BGB gedefinieerd. De invulling van dit begrip is overgelaten aan de rechtswetenschap en rechtspraak.²⁵⁴ Volgens de heersende leer handelt iemand *vorsätzlich, wer sich den Erfolg seiner Handlung vorstellt und ihn in Kenntnis der Pflichtwidrigkeit seines Handelns dennoch in seinen Willen aufgenommen hat (Larenz)*. *Vorsatz ist also Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs, genauer: Wissen und Wollen des Erfolgs im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*.²⁵⁵ Naar Duits recht is de maatstaf voor schending van de aansprakelijkheidsnorm '*leichter* of *einfacher Fahrlässigkeit*'. Voor de onbezoldigd bestuurder is de aansprakelijkheidsnorm in bepaalde gevallen beperkt tot '*Vorsatz* of *grobe Fahrlässigkeit*'. In geval van faillissement geldt de beperking van de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder jegens een derden tot '*Vorsatz* of *grobe Fahrlässigkeit*' niet. Naar Nederlands recht geldt als aansprakelijkheidsnorm in geval van faillissement kennelijk onbehoorlijk bestuur. Hoe verhoudt het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur zich ten opzichte van de Duitse verwijtbaarheidsmaatstaven *Fahrlässigkeit*, *leichte Fahrlässigkeit*, *grobe Fahrlässigkeit* en *Vorsatz*? Het woord 'kennelijk' betekent niet dat er sprake moet zijn van 'verregaand' onbehoorlijk bestuur of van grove schuld of grove nalatigheid. Het oude art. 49a WvK stelde deze eis wel. Het nieuwe art. 2:138 J°2:248 BW heeft het toepassingsbereik van de norm op dit punt juist willen verruimen. Het is ook niet nodig dat bestuurders de

²⁴³ Begründung, Drucksache 16/10120, p. 6.

²⁴⁴ Begründung, Drucksache 16/10120, p. 6.

²⁴⁵ In deze situatie is geen *Vorsatz* of *grobe Fahrlässigkeit* vereist om een bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen.

²⁴⁶ § 276 Abs. 1 BGB.

²⁴⁷ Fikentscher & Heinemann 2006, § 55, Rn. 653.

²⁴⁸ § 276 Abs. 2 BGB, zie ook Fikentscher & Heinemann 2006, § 55, Rn. 653.

²⁴⁹ Fikentscher & Heinemann 2006, § 55, Rn. 653.

²⁵⁰ Afgeleid uit § 276 Abs. 2 BGB.

²⁵¹ HR 23 november 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX5881 (*Van de Riet/Hoffmann c.s.*).

²⁵² Het is niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt voor zijn handelen kan worden gemaakt. Zie HR 23 november 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX5881 (*Van de Riet/Hoffmann c.s.*), r.o. 3.4.2.

²⁵³ Grundmann, in: Säcker e.a. 2015, § 726, Rn. 94.

²⁵⁴ Fikentscher & Heinemann 2006, § 55, Rn. 647.

²⁵⁵ Fikentscher & Heinemann 2006, § 55, Rn. 647.

opzet hadden crediteuren te benadelen.²⁵⁶ Nu voor kennelijk onbehoorlijk bestuur geen opzet, grove schuld of grove nalatigheid vereist is resteert de gewone nalatigheid. Derhalve kan gesteld worden dat de verwijtbaarheidsmaatstaf voor aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur (gedragsnorm) naar Nederlands recht overeenkomt met de Duitse verwijtbaarheidsmaatstaf 'gewone nalatigheid'. Naast onbehoorlijk bestuur kan in het Nederlandse recht ook een onrechtmatige daad een grond zijn voor aansprakelijkheid in geval van faillissement. De aansprakelijkheidsnormen voor een onrechtmatige daad naar Nederlands recht zijn de beklamelnorm, een persoonlijk ernstig verwijt, een voldoende ernstig verwijt, en schending van de persoonlijke zorgvuldigheidsplicht van de bestuurder jegens een derde.²⁵⁷ Eerder is al gesteld dat de persoonlijke zorgvuldigheidsplicht van de bestuurder jegens een derde naar Nederlands en Duits recht het zelfde is.²⁵⁸ In het Beklamel arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat: "Een derde de bestuurder aansprakelijk kan stellen indien de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de derde ten gevolge van die tekortkoming in de nakoming zou lijden."²⁵⁹ Deze algemene maatstaf staat sindsdien bekend als de "Beklamelnorm".²⁶⁰ De regeling *Schadenersatz wegen Pflichtverletzung* (826 BGB) beschermt een crediteur tegen dezelfde (vermogens)schade maar bij deze regeling geldt als maatstaf *Vorsatz*. De bestuurder weet dat zijn handelen kan lijden tot schade voor derden. Het is niet vereist dat de bestuurder dit behoort te weten.²⁶¹ Indien een Duitse bestuurder de insolventieprocedure te laat aanvraagt, schending van de *Antragspflicht* § 42 Abs. 2 en § 86 BGB, en een derde hierdoor vermogensschade lijdt is de bestuurder persoonlijk aansprakelijk. Er geldt geen nadere aansprakelijkheidsmaatstaf. Nalaten is voldoende.²⁶² In het Nederlandse recht ziet het woord 'persoonlijk' op het feit dat de bestuurder zelf inbreuk maakt op een recht, handelt of nalaat in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt.²⁶³ In het Duitse recht is dit evenzo.²⁶⁴ Het criterium 'ernstig verwijt' wordt in de Nederlandse literatuur verschillend uitgelegd.²⁶⁵ 'In Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 321 wordt gesteld dat het criterium 'ernstig verwijt' aansluit bij het criterium opzet of bewuste roekeloosheid dat gebruikt wordt indien de bestuurder als werknemer handelt.' Deze Nederlandse uitleg van het begrip 'ernstig verwijt' komt overeen met de Duitse norm *Vorsatz* en *grobe Fahrlässigkeit*. 'Van Schilfgaarde en Winter stellen dat het criterium 'ernstig verwijt' eerder tot aansprakelijkheid leidt dan het criterium 'opzet of bewuste roekeloosheid' en dat dit passend is bij de behoortheidsnorm voor de bestuurder.' Naar Duits recht is deze Nederlandse uitleg van het criterium 'ernstig verwijt' te plaatsen onder *leichte Fahrlässigkeit*. 'Maeijer deelt daarin tegen deze mening niet. Ook Van Solinge en Nieuwe Weme delen deze mening niet. Zij menen dat indien op te lichte gronden aansprakelijkheid van bestuurders wordt aangenomen dit een ongunstige ontwikkeling is. Blanco Fernández stelt dat voor aansprakelijkheid van bestuurders (gewone) schuld voldoende is.'²⁶⁶ Zijn zienswijze sluit aan bij de uitzondering op de hoofdregel voor aansprakelijkheid die het Duitse recht kent: de gewone nalatigheid.²⁶⁷

²⁵⁶ Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/457. Zie ook Van Schilfgaarde 1986, p. 20.

²⁵⁷ Zie hiervoor par. 4.3.1.

²⁵⁸ Zie p. 28.

²⁵⁹ HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521 (*Beklamel*).

²⁶⁰ Polak & Pannevis 2011, p. 156.

²⁶¹ Habersack e.a. 2013, par. 826, Rn. 26.

²⁶² Säcker 2015, par. 42.

²⁶³ Art. 6:162 BW.

²⁶⁴ Zie eerder in par. 4.5.3.

²⁶⁵ Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/446.

²⁶⁶ Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013/446.

²⁶⁷ Hoofdregel is dat de vereniging aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door het bestuur, een lid van het bestuur of door een andere vertegenwoordiger tegenover derden. Een uitzondering hierop is dat bestuurders aansprakelijk zijn indien er sprake is van gewone nalatigheid aan de zijde van de bestuurder.

Gesteld kan worden dat het criterium 'ernstig verwijt' in de Nederlandse literatuur geen eenduidige verwijtbaarheidsmaatstaf kent en dat de verschillende in de literatuur genoemde gezichtspunten overeenkomen met de verwijtbaarheidsmaatstaven die het Duitse rechtstelsel kent. Om vast te stellen of er sprake is van een ernstig verwijt worden zowel naar Nederlands als naar Duits recht alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen.²⁶⁸

4.6 Conclusie

Naar huidig recht kan de curator in geval van faillissement een bestuurder van een vereniging of stichting aansprakelijk stellen op grond van onrechtmatige daad en/of kennelijk onbehoorlijk bestuur. De algemene gedragsnorm voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is uitgekristalliseerd in de Beklamefnorm: elke bestuurder van een gefailleerde vennootschap is ten opzichte van een bepaalde crediteur aansprakelijk indien hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met die crediteur wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Daarbij moet de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Deze algemene aansprakelijkheidsnorm voor onrechtmatige daad is in het arrest Van de Riet/Hoffmann c.s. met de volgende twee gedragsnormen uitgebreid: 1) de bestuurder is aansprakelijk indien de vennootschap wegens onrechtmatig handelen aansprakelijk is en de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeelde had behoren te voorkomen en 2) de bestuurder is aansprakelijk indien hij handelt in strijd met een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens een derde. Niet vereist is dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De wetgever heeft de grens tussen behoorlijke taakvervulling en onbehoorlijk bestuur niet gepreciseerd. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in het Staleman/Van de Ven arrest een criterium gegeven voor behoorlijk bestuur: een bestuurder beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Daarbij is het vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake de taakvervulling. Of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het is niet nodig dat bij aanwezigheid van meerdere bestuurders de ernstige verwijtbaarheid van elke bestuurder apart wordt gesteld en bewezen. De curator kan in geval van faillissement een bestuurder aansprakelijk stellen indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien niet wordt voldaan aan de eisen van behoorlijke taakvervulling is er sprake van onbehoorlijk bestuur. Met het woord kennelijk beoogt de wetgever volstrekt duidelijk te maken dat het onbehoorlijk handelen of nalaten van de bestuurder buiten kijf moet staan en dat in geval van twijfel geen aansprakelijkheid ontstaat. In de rechtspraak is ingevuld wanneer er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Enkele voorbeelden zijn het niet bijhouden van administratieve plichten, het niet voldoen van belasting- en premieschulden, het onttrekken aan bestuurdersverantwoordelijkheid en het verwaarlozen van belangen van schuldeisers. In geval van onopzettelijke domheden en beleidsfouten die gerekend kunnen worden tot normale ondernemingsrisico's is er geen sprake van kennelijk onbehoorlijke bestuur. Indien niet voldaan wordt aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW en de jaarstukken niet op de in art. 2:394 BW voorgeschreven wijze wordt openbaar gemaakt wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden is niet aansprakelijk. Naar huidig recht kunnen alleen bestuurders van verenigingen en stichtingen die onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting in geval van faillissement op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk worden gesteld.

²⁶⁸ Zie hierover eerder p. 27.

Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen kunnen bestuurders van alle verenigingen en stichtingen in geval van faillissement aansprakelijk gesteld worden op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit betekent dat in geval van faillissement van de vereniging of stichting iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Na invoering van het wetsvoorstel gelden voor bestuurders uniforme normen voor taakvervulling. Een norm voor taakvervulling is dat de bestuurder in het belang van de rechtspersoon dient te handelen (duty of good faith). Een andere norm voor taakvervulling is dat de bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft en deze strijdig is met het belang van de rechtspersoon (duty of loyalty). De duty of care (een bestuurder handelt op een geïnformeerde en weloverwogen wijze) wordt niet gecodificeerd. De norm voor onbehoorlijk bestuur zoals vastgelegd in art. 2:9 BW komt terug in art. 2:9c lid 2 en 3 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*) en in art. 2:9b lid 1 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). De inhoud van deze regels blijft hetzelfde. De norm voor kennelijk onbehoorlijk bestuur zoals is vastgelegd in art. 2:138 J°2:248 BW komt na de wetwijzing terug in art. 2:9c BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). Ook deze regel kent geen inhoudelijke wijziging. De uitleg die in de literatuur en de jurisprudentie, voor de NV en BV, aan de regel van art. 2:138 J°2:248 BW wordt gegeven kan ook worden toegepast op de vereniging en stichting. In art. 2:9c lid 2 BW²⁶⁹ wordt wel een uitzondering gemaakt voor onbezoldigde bestuurders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Het onweerlegbaar vermoeden van art. 2:138 J°2:248 BW lid 2 BW is niet op hen van toepassing. Het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat bestuurders van verenigingen en stichtingen in geval van faillissement eenvoudiger aansprakelijk kunnen worden gesteld dan onder de huidige regelgeving het geval is. Voor bestuurders van verenigingen en stichtingen betekent dit een verzwaring van het risico om aansprakelijk gesteld te kunnen worden. Indien een bestuurder met succes aansprakelijk wordt gesteld moet de bestuurder uit zijn privé vermogen het tekort in de boedel moet voldoen. Ook kan aan de bestuurder, voor een periode van vijf jaar, een bestuursverbod worden opgelegd. Dit kan tot gevolg hebben dat er een tekort ontstaat aan bestuurders die al dan niet vrijwillig zich als een bestuurder van een vereniging of stichting willen inzetten. Daarnaast is niet ondenkbaar dat zittende bestuurders zich defensief zullen opstellen en daardoor vernieuwingen worden gefrustreerd. De uniforme norm voor taakvervulling inhoudende dat de bestuurder handelt in het belang van de rechtspersoon kan tot gevolg hebben dat de bredere context van het maatschappelijke belang uit het oog wordt verloren. Zowel naar Nederlands als naar Duits recht betekent 'vertegenwoordiging' het toerekenen van rechtshandelingen aan een ander dan de handelende persoon en kan de bestuurder in beginsel niet persoonlijk worden aangesproken. In beide rechtstelsels zijn er uitzonderingen op dit beginsel en kan de bestuurder toch worden aangesproken. De aansprakelijkheid in geval van faillissement is zowel naar Duits als Nederlands recht een vorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Naar Duits recht zijn *Zahlungsunfähigkeit*, *drohenden Zahlungsunfähigkeit* en *Überschuldung* gronden voor insolventie. Naar Nederlands recht is het verkeren in de toestand dat de schuldenaar is opgehouden te betalen de enige grond voor insolventie. De insolventieprocedure richt zich in beide rechtstelsels op het verdelen van het vermogen van de schuldenaar over de schuldeisers. Naar Nederlands en naar Duits recht is het criterium voor behoorlijk bestuur het beschikken over het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Of er sprake is van een ernstig verwijt wordt beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Naar Duits en Nederlands recht kan een bestuurder aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad. Ook het schenden van een Schutzgesetz is naar Duits recht een onrechtmatige daad. Daarnaast kan naar Duits recht een bestuurder aansprakelijk

²⁶⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*

worden gesteld op grond van handelen in strijd met de goede zeden als hij daarbij opzettelijk schade veroorzaakt. Het Nederlandse en Duitse recht kennen beiden een persoonlijke aansprakelijkheidsstelling van bestuurders indien premie- en belastingsschulden niet zijn betaald. Schending van de boekhoudplicht en het niet of niet tijdig deponeren van de jaarrekening leidt in beide rechtstelsels tot schending van een wettelijke verplichting die kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheidsstelling van de bestuurder. Gesteld kan worden dat deze externe aansprakelijkheidsregelingen inhoudelijk niet van elkaar verschillen. In geval van faillissement kent het Nederlandse recht een andere gedragssnorm voor aansprakelijkheid dan het Duitse recht. In het Nederlandse rechtstelsel ligt de nadruk op de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur als aannemelijk is dat dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In het Duitse rechtstelsel ligt het accent op de aansprakelijkheid van de bestuurder bij het veroorzaken van het faillissement en het (niet) tijdig indienen hiervan. Omdat de gedragssnormen van elkaar verschillen zijn deze gedragssnormen niet geschikt om met elkaar te vergelijken. Een vergelijking van de verwijtbaarheidsmaatstaf levert de volgende gezichtspunten op:

- 1) Zowel naar Nederlands als naar Duits recht is niet de persoonlijke bekwaamheid van de bestuurder maar de in het maatschappelijke verkeer vereiste zorgvuldigheid maatgevend om te bepalen of de bestuurder voor zijn handelen aansprakelijk is. In beide rechtstelsels volstaat in een dergelijk geval een gewoon verwijt;
- 2) In het Duitse recht is voor schending van wettelijke plichten opzet vereist;
- 3) Naar Nederlands en Duits recht is de verwijtbaarheidsmaatstaf voor schending van de aansprakelijkheidsnorm *leichte* of *einfacher Fahrlässigkeit*;
- 4) In het Duitse recht wordt de aansprakelijkheid voor een onbezoldigd bestuurder of een bestuurder die een vergoeding van maximaal 720 euro per jaar ontvangt zowel intern als extern beperkt. De verwijtbaarheidsmaatstaf in deze situatie is verruimd van gewone nalatigheid en een gewoon verwijt tot opzet of grove nalatigheid;
- 5) In het Duitse recht geldt de beperking van de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder niet in geval van faillissement. De onbezoldigd bestuurder blijft dan naast de vereniging of stichting aansprakelijk voor het tekort in de boedel. Maatstaf voor verwijtbaarheid is gewone nalatigheid;
- 6) Persoonlijk verwijt betekent zowel naar Nederlands als naar Duits recht dat de bestuurder zelf een inbreuk maakt op een recht, handelt of nalaaft in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betamelijk is;
- 7) Om vast te stellen of sprake is van een ernstig verwijt wordt in beide rechtstelsels gekeken naar alle omstandigheden van het geval;
- 8) Het criterium 'ernstig verwijt' kent in de Nederlandse literatuur geen eenduidige verwijtbaarheidsmaatstaf. Wel komen de verschillende in de literatuur genoemde gezichtspunten overeen met de verwijtbaarheidsmaatstaven die het Duitse rechtstelsel kent.

In beide rechtstelsels wordt de aansprakelijkheid van een bestuurder niet wettelijk beperkt door de aard en doelstelling van de vereniging en stichting. Wel kent de informele vereniging een afwijkende regeling voor aansprakelijkheid.²⁷⁰ Naar Nederlands recht kunnen zowel de bestuurder als de vereniging aansprakelijk worden gesteld voor de schulden van de informele vereniging. Naar Duits recht heeft een niet ingeschreven vereniging geen rechtsbevoegdheid en kan alleen de bestuurder aansprakelijk worden gesteld voor de schulden. De inrichting van het bestuur speelt wel een rol. Het Duitse recht sluit aansprakelijkheidsstelling van een onbezoldigd bestuurder of een bestuurder die een vergoeding van maximaal 720 euro per jaar ontvangt uit, tenzij er sprake is van opzet of grove nalatigheid. In het wetsvoorstel wordt de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder niet uitgesloten. Alleen geldt het in art. 2:9c lid 2 BW²⁷¹ () genoemde bewijsvermoeden niet voor een onbezoldigd bestuurder.

²⁷⁰ Zie ook par. 3.3. en par 3.6.

²⁷¹ Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3

5 Beperking aansprakelijkheid in geval van faillissement

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is stil gestaan bij (on)-behoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement. In dit hoofdstuk wordt de deelvraag 'In welke omstandigheden is het wenselijk om de aansprakelijkheid van een bestuurder van een vereniging of stichting te beperken en op welke wijze kan vorm worden gegeven aan deze beperking?' beantwoord. In hoofdstuk 4 is beschreven dat na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen de regeling van aansprakelijkheidstelling op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur geldt voor bestuurders van alle rechtspersonen. Het gevolg hiervan is dat bestuurders van verenigingen en stichtingen in geval van faillissement eenvoudiger aansprakelijk kunnen worden gesteld dan onder de vigeur van de huidige regelgeving het geval is. Voor bestuurders betekent dit een aanzienlijke verzwaring van het risico om aansprakelijk gesteld te kunnen worden in geval van faillissement. De aansprakelijkheidstelling treft de bestuurder persoonlijk en leidt ook tot maatschappelijke gevolgen.²⁷² Om de persoonlijke en maatschappelijke gevolgen het hoofd te bieden, wordt voor de commerciële, non-profit vereniging en stichting en voor stichtingen en verenigingen die publieke diensten verlenen, gekeken of er omstandigheden zijn waarbij een beperking van de aansprakelijkheid wenselijk is en welke mogelijkheden er zijn om de aansprakelijkheid te beperken.²⁷³ In paragraaf 5.2 wordt beschreven of voor categorieën verenigingen en stichtingen een wettelijke beperking van de bestuurdersaansprakelijkheid wenselijk is. In paragraaf 5.3 wordt de rechtspositie van de onbezoldigd bestuurder beschreven. In paragraaf 5.4 wordt de aansprakelijkheid van de onbezoldigd bestuurder binnen het Nederlandse en Duitse recht met elkaar vergeleken. Vervolgens wordt in paragraaf 5.5 beschreven of een beperking van de aansprakelijkheid wenselijk is en hoe hier vorm aan kan worden gegeven. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie.

5.2 Omstandigheden beperken aansprakelijkheid wenselijk

De aard, omvang, doelstelling, maatschappelijk belang en inrichting van het bestuur van de vereniging of stichting zijn omstandigheden die in overweging kunnen worden genomen om te bepalen of een beperking van de aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen en stichtingen wenselijk is. Daarbij is het van belang dat er een goede balans is tussen de bescherming van de bestuurder van een vereniging of stichting enerzijds en de bescherming van de crediteuren anderzijds. Voor de in paragraaf 3.5 genoemde categorieën verenigingen en stichtingen wordt een oordeel gegeven over de wenselijkheid van een beperking van de aansprakelijkheid. Benadrukt wordt hierbij dat het oordeel of een beperking van de aansprakelijkheid wenselijk is, een subjectief oordeel is. Voor een objectief oordeel is empirisch onderzoek vereist en daar is dit onderzoek niet op gericht.

5.2.1 Categorie 1: commerciële verenigingen en stichtingen

In paragraaf 3.5 is aangegeven dat onder commerciële verenigingen en stichtingen worden verstaan verenigingen en stichtingen die een onderneming bedrijven. De bestuurder van een commerciële vereniging en stichting kan naar huidig recht aansprakelijk worden gesteld op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur.²⁷⁴ Naar huidig recht wordt vermoed dat onbehoorlijk taakverrvulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is indien de bestuurder niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht van art. 3:10 BW en/of de jaarstukken niet op de in art. 2:394 BW voorgeschreven wijze

²⁷² Zie hiervoor par. 4.4.2 en 4.4.3.

²⁷³ In dit onderzoek worden alleen deze vereniging en stichtingen behandeld. Zie par. 3.5.

²⁷⁴ Art. 2:50a BW en art. 2:300a BW. Zie ook par. 4.3.2.2.

openbaar zijn gemaakt.²⁷⁵ Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is dit niet anders.²⁷⁶ De invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen heeft geen wijzingen in de externe aansprakelijkheid in geval van faillissement van bestuurders van commerciële verenigingen en stichtingen tot gevolg.²⁷⁷ Bij deze categorie verenigingen en stichtingen is de aard (het maken van winst) bepalend voor het feit dat een bestuurder in geval van faillissement aansprakelijk kan worden gesteld. Uit de memorie van antwoord blijkt dat de wetgever de regeling van 2:138 BW ook van toepassing heeft verklaard op commerciële verenigingen en stichtingen omdat de wetgever meende dat dit zou leiden tot een grotere uniformiteit van de aansprakelijkheidsregeling.²⁷⁸ Uit de memorie van antwoord blijkt niet dat de wetgever elementen als maatschappelijk belang en omvang van vereniging of stichting in aanmerking heeft genomen. Niet is gebleken dat het thans geldende aansprakelijkheidsregime voor bestuurders van commerciële verenigingen en stichtingen een beletsel is om een bestuursfunctie te vervullen. Noch in de literatuur noch in de rechtspraak is terug te vinden dat een dergelijke aansprakelijkheidstelling niet wenselijk is. Daarom is er geen reden om aan te nemen dat het wenselijk is om het aansprakelijkheidsregime voor deze bestuurders, na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, aan te passen.

5.2.2 Categorie 2: non-profit verenigingen en stichtingen

In paragraaf 3.5 is aangegeven dat met de term 'non-profit' verenigingen en stichtingen worden aangeduid die geen onderneming drijven. Naar aard zijn deze verenigingen en stichtingen niet gericht op het maken van winst. Het criterium 'maken van winst' geeft aan waarom naar huidig recht bestuurders van een non-profit vereniging en stichting niet vallen onder de regeling van art. 2:138 BW.²⁷⁹ Destijds meende de wetgever dat de invoering van ver gaande aansprakelijkheidsbepalingen bij niet-commerciële rechtspersonen, zoals stichtingen en verenigingen, vermoedelijk op grote weerstand zou stuiten, vooral in verband met de omstandigheid dat bestuurders van deze rechtspersonen in het algemeen hun functie niet beroepshalve uitoefenen. Bij de behandeling van wetsontwerp 16 530 (bestuurdersaansprakelijkheid) is inderdaad gebleken dat het leggen van aansprakelijkheid op bestuurders van verenigingen, stichtingen veel verzet heeft gewekt, als gevolg waarvan van de kant van de regering een beperking tot commerciële rechtspersonen is voorgesteld.²⁸⁰ Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen kunnen ook bestuurders van non-profit verenigingen en stichtingen in geval van faillissement aansprakelijk gesteld worden op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur.²⁸¹ De voorwaarde dat de vereniging of stichting onderworpen is aan de heffing van vennootschapsbelasting wordt verlaten.²⁸² Hoewel de invoering van deze ver gaande aansprakelijkheidsbepalingen ook nu op weerstand stuit meent de wetgever dat het aansprakelijkheidsregime ook voor verenigingen en stichtingen van toepassing moet zijn omdat ook bij die rechtspersonen kan voorkomen dat bestuurders zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim en de curator adequate middelen dient te hebben om de geleden schade te verhalen op de bestuurders die hun taken ernstig hebben verzuimd.²⁸³ Omdat de wetgever ver gaande aansprakelijkheidsbepalingen voor onbezoldigd bestuurders onwenselijk acht, heeft de wetgever de aansprakelijkheid van onbezoldigd bestuurders

²⁷⁵ Art. 2:50a BW, art. 2:300a BW J^e 2:138 BW.

²⁷⁶ Zie art. 2:9c BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3).

²⁷⁷ Zie par. 4.4.1.

²⁷⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 2 (MvA).

²⁷⁹ Vergelijk de commerciële vereniging en stichting in par. 5.2.1.

²⁸⁰ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6, p. 1 (MvA).

²⁸¹ Zie hiervoor par. 4.4.1.

²⁸² Zie art. 2:9c lid 1 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3).

²⁸³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, par. 3.5 (MvT).

beperkt.²⁸⁴ Om te oordelen of een (nadere) wettelijke beperking van de aansprakelijkheidsbepalingen voor een bestuurder van een non-profit vereniging of stichting wenselijks is wordt gekeken of de doelstelling, het maatschappelijk belang of de inrichting van het bestuur redenen kunnen zijn om het aansprakelijkheidsregime voor deze bestuurders in te perken. Grote non-profit verenigingen kennen soms een professioneel bestuur.²⁸⁵ Van een professioneel bestuurder mag verwacht worden dat hij beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.²⁸⁶ Echter de meeste non-profit verenigingen en stichtingen kennen een bestuur dat bestaat uit mensen die veelal vrijwillig en onbezoldigd een bestuursfunctie vervullen. De aansprakelijkheid van onbezoldigd bestuurders heeft de wetgever beperkt.²⁸⁷ De vraag die beantwoord moet worden is of voor een onbezoldigd bestuurder een nadere beperking van de aansprakelijkheid wenselijk is. In paragraaf 3.4 is aangegeven dat verenigingen en stichtingen een belangrijke rol in het sociaal maatschappelijk leven vervullen. In paragraaf 4.4.3 is beschreven dat het wetsvoorstel kan leiden tot een tekort aan personen die zich al dan niet vrijwillig als bestuurder van een vereniging of stichting willen inzetten. Dit is niet met elkaar te verenigen. Daarom lijkt een nadere beperking van de aansprakelijkheid voor onbezoldigd bestuurders wenselijk. Een nadere beperking van de aansprakelijkheid van onbezoldigd bestuurders van verenigen en stichtingen kan een oplossing zijn om de ongewenste persoonlijke gevolgen²⁸⁸ voor de bestuurder en om de maatschappelijke gevolgen²⁸⁹ het hoofd te bieden.

5.2.3 Categorie 3: verenigingen en stichtingen die publieke diensten verlenen

In paragraaf 3.5 is beschreven dat onder verenigingen en stichtingen die publieke diensten verlenen verenigingen en stichtingen worden verstaan die publieke diensten verlenen zoals gezondheidszorg, volkshuisvesting en onderwijs met gehele of gedeeltelijke subsidie van de overheid. De publieke diensten die deze verenigingen en stichtingen verlenen maken dat bestuurders hun taak in een andere context, dan andere verenigingen en stichtingen, (moeten) vervullen. Het bestuur van deze verenigingen en stichtingen is begrotingsverantwoordelijk en niet resultaatverantwoordelijk.²⁹⁰ De marge waarbinnen dit bestuur risico's mag nemen zal kleiner zijn dan bij een commerciële vereniging of stichting, nu het winststeeven ontbreekt en daarmee de rechtvaardiging van het nemen van risico ontbreekt. De diensten die deze verenigingen en stichtingen leveren worden veelal gefinancierd door de overheid. Uit rechtspraak blijkt dat zorgvuldig moet worden omgegaan met gelden die door de overheid zijn verstrekt.²⁹¹ Bestuurders van deze verenigingen en stichtingen opereren in een sterk gereguleerde omgeving.²⁹² Ook governance codes spelen een normerende rol binnen deze sector.²⁹³ Van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult mag verwacht worden dat hij bekend is met de toepasselijke wet- en regelgeving en governance codes en daarna handelt. Het publieke belang die deze verenigingen en stichtingen dienen is van grote maatschappelijke waarde en heeft invloed op de welvaart in Nederland. Gezien de rol, functie en het publieke en maatschappelijke belang die deze verenigingen en stichtingen

²⁸⁴ Art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3). Zie hierover ook par. 4.4.1.

²⁸⁵ Zie ook Huizink 2016, p. 160.

²⁸⁶ Criterium voor behoorlijk bestuur, zie HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

²⁸⁷ Art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3). Zie hierover ook par. 4.4.1.

²⁸⁸ Zie par. 4.4.2.

²⁸⁹ Zie par. 4.4.3.

²⁹⁰ Slagter 1999, p. 47.

²⁹¹ Zie Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3003 en Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138.

²⁹² Zie bijvoorbeeld voor het onderwijs www.onderwijsconsument.nl/onderwijswetten.

²⁹³ Voor een overzicht van governance codes zie www.sbiformaat.nl/overzicht-governance-codes-en-gedragcodes.

vervullen mogen er hogere eisen worden gesteld aan het bestuur. Door eisen te stellen aan de kwaliteit en toezicht van het bestuur van deze verenigingen en stichtingen worden de publieke belangen geborgd. Een nadere beperking van de bestuurdersaansprakelijkheid voor een dergelijk professioneel bestuursapparaat is derhalve niet op zijn plaats.

5.3 Beperking aansprakelijkheid onbezoldigd bestuurder

Hiervoor is beschreven onder welke omstandigheden een beperking van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een vereniging of stichting wenselijk is. De conclusie die hieruit getrokken kan worden is dat voor de drie in dit onderzoek behandelde categorieën verenigingen of stichtingen geen beperking van de bestuursaansprakelijkheid wenselijk is. Wel moet worden onderzocht of de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder (nader) wettelijk moet worden beperkt. In de literatuur is geen eenduidig antwoord te vinden op de vraag in hoeverre het onbezoldigde karakter de aansprakelijkheid van de bestuurder van een vereniging of stichting beïnvloedt. Klaassen vat dit als volgt samen: "Van den Ingh ziet in het onbezoldigde karakter geen aanleiding om andere eisen te stellen aan de aansprakelijkheid."²⁹⁴ Hendrikse en De Groot denken hierover anders. Hendrikse kan zich voorstellen dat ter zake van een concrete gedraging van een bezoldigd bestuurder eerder een ernstig verwijt valt te maken dan van een onbezoldigd bestuurder.²⁹⁵ De Groot sluit niet uit dat er rekening mee wordt gehouden dat dat onbezoldigd vrijwillige bestuurders slechts een keer per maand bijeenkomen. De rechtbank Arnhem²⁹⁶ heeft geoordeeld dat het feit dat de bestuurders onbezoldigd zijn niet afdoet aan hun verantwoordelijkheid voor de gevolgen van onbehoorlijk bestuur gelet op de aard van hun onbehoorlijk handelen."²⁹⁷ De onbezoldigd bestuurder zit in een lastige positie. Een onbezoldigd bestuurder verricht werkzaamheden zonder daarvoor betaald te worden. Wel is het mogelijk dat hij een geringe onkostenvergoeding ontvangt. Door het ontbreken van een vergoeding (loon) voor de door hem verrichte werkzaamheden wordt niet voldaan aan de vereisten van een arbeidsovereenkomst.²⁹⁸ De rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en de onbezoldigd bestuurder is derhalve niet van arbeidsrechtelijke aard. Zowel de interne als de externe aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder wordt niet wettelijk beperkt. Voor de bestuurder-werknemer is dit anders. De aansprakelijkheid van de bestuurder-werknemer wordt wel wettelijk beperkt²⁹⁹. Dit geldt niet als er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de bestuurder-werknemer, dan kan hij persoonlijk aansprakelijk worden gesteld.³⁰⁰ Geconcludeerd kan worden dat de bezoldigd bestuurder op grond van de wet meer bescherming geniet dan de onbezoldigd bestuurder die als vrijwilliger werkzaam is. Terecht is de opmerking van Klaassen dat dit onderscheid niet rechtvaardig is.³⁰¹ Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt het er voor de onbezoldigd bestuurder niet beter op. Het aansprakelijkheidsregime voor de onbezoldigd bestuurder wordt uitgebreid. De onbezoldigd bestuurder kan na invoering van het wetsvoorstel in geval van faillissement ook aansprakelijk worden gesteld op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur.³⁰² De wetgever meende dat de onbezoldigd bestuurder in deze situatie meer bescherming moest genieten dan een bezoldigd bestuurder en heeft daarom de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder van een niet-commerciële vereniging of stichting en van een

²⁹⁴ Van den Ingh 1990, p. 160.

²⁹⁵ Hendrikse 2009, p. 179-180.

²⁹⁶ Rb. Arnhem 23 april 2004, LJN BD1784.

²⁹⁷ Klaassen 2010, p. 7.

²⁹⁸ Art. 7:610 BW. Voor de arbeidsovereenkomst zie *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/19. Voor het begrip loon zie *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/24.

²⁹⁹ Zie art. 6:170 BW en art. 7:661 lid 1 BW.

³⁰⁰ Zie art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 lid 1 BW.

³⁰¹ Klaassen 2010, p. 10.

³⁰² Zie ook par. 4.4.

onbezoldigd bestuurder van een informele vereniging iets ingeperkt door het onweerlegbare bewijsvermoeden niet op hen van toepassing te verklaren.³⁰³ Opmerkelijk is dat in deze situatie een beperking van de aansprakelijkheid van de onbezoldigd vrijwillig bestuurder noodzakelijk wordt geacht, daar waar de onbezoldigd bestuurder, in de rechtsverhouding met de vereniging of stichting en met derden buiten de situatie dat een vereniging of stichting in staat van faillissement verkeert, geen wettelijke bescherming geniet. Als een bestuurder in de uitoefening van zijn werkzaamheden onrechtmatig handelt jegens derden kunnen derden hiervoor de rechtspersoon en de bestuurder aanspreken.³⁰⁴ Een bezoldigd bestuurder kan de schade afwentelen op de rechtspersoon tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.³⁰⁵ Een onbezoldigd bestuurder kan dit niet.³⁰⁶ In de memorie van toelichting geeft de wetgever aan dat het doel van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen is en dat het wetsvoorstel beoogt de regeling voor bestuur en toezicht, met name bij de verenigingen de stichting, aan te vullen en te verduidelijken.³⁰⁷ In de memorie van toelichting geeft de wetgever expliciet aan dat er helderheid verschaft moet worden omtrent de regels over aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen.³⁰⁸ Rechtvaardig zou zijn dat onbezoldigd bestuurders, buiten de situatie dat een vereniging of stichting in staat van faillissement verkeert, eenzelfde wettelijke bescherming genieten als bezoldigd bestuurders. Dit betekent dat wetgeving zodanig aangepast moet worden dat de onbezoldigd bestuurder evenals de bezoldigd bestuurder zowel in de interne als de externe rechtsverhouding (buiten geval van faillissement) uitsluitend persoonlijk aansprakelijk is indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de bestuurder. In geval van faillissement biedt de rechtspersoon geen verhaal voor de vordering. Derden zullen dan rechtstreeks bij de bestuurder hun vordering claimen. Thans resteert de beantwoording van de vraag of na invoering van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen de aansprakelijkheid voor de onbezoldigd bestuurder in geval van faillissement nader moet worden beperkt en hoe hier vorm aan kan worden gegeven. Om een antwoord te kunnen vinden op deze vraag wordt in paragraaf 5.4 de positie van de onbezoldigd bestuurder binnen het Nederlandse en Duitse recht met elkaar vergeleken.

5.4 Rechtsvergelijking

In paragraaf 5.3 is geconcludeerd dat het rechtvaardig zou zijn als onbezoldigd bestuurders, buiten de situatie dat een vereniging of stichting in staat van faillissement verkeert, eenzelfde wettelijke bescherming genieten als bezoldigd bestuurders. Voor de beantwoording van de vraag of de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder ook in geval van faillissement (nader) moet worden beperkt wordt in deze paragraaf de positie van de onbezoldigd bestuurder binnen het Nederlandse en het Duitse recht met elkaar vergeleken. De Duitse wetgever heeft de aansprakelijkheid van de onbezoldigd bestuurder in geval van faillissement niet beperkt tot opzet of bewuste roekeloosheid.³⁰⁹ In geval van faillissement blijft de onbezoldigd bestuurder naast de vereniging of stichting aansprakelijk. Als verwijtbaarheidsmaatstaf geldt de 'gewone' nalatigheid.³¹⁰ De door de Duitse *Bundesregierung* aangegeven uitwerking van een wettelijke verplichting tot vergoeding van de kosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering door de vereniging, voor zowel bezoldigde als onbezoldigde bestuurders, is tot op heden niet door

³⁰³ Zie art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3) en *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, par. 3.5 (MvT).

³⁰⁴ De rechtspersoon kan worden aangesproken op grond van art. 6:170 en/of 6:172 BW. De bestuurder op grond van art. 6:162 BW.

³⁰⁵ Art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 lid 1 BW.

³⁰⁶ Op hem zijn art. 6:170 BW en 7:661 BW niet van toepassing.

³⁰⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 1 (MvT).

³⁰⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 1 (MvT).

³⁰⁹ Zie par. 4.5.4.

³¹⁰ Zie ook par. 4.5.4 en Begründung, *Drucksache* 16/10120, p. 6.

de Duitse wetgever in een regeling uitgewerkt.³¹¹ Na invoering van het wetsvoorstel kan de bestuurder van een Nederlandse vereniging of stichting aansprakelijk worden gesteld op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur.³¹² In paragraaf 4.5.4 is beschreven dat in de Nederlandse literatuur geen eenduidigheid is over de verwijtbaarheidsmaatstaf die in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur geldt. Voor kennelijk onbehoorlijk bestuur is een ernstig verwijt vereist. De verwijtbaarheidsmaatstaf voor een ernstig verwijt varieert van (gewone, lichte en grove) nalatigheid tot opzet en bewuste roekeloosheid.³¹³ Indien uitgegaan wordt van de hypothetische situatie dat in het Nederlandse recht de lichtste maatstaf van verwijtbaarheid (de gewone nalatigheid) geldt dan sluit het Nederlandse recht aan bij de verwijtbaarheidsmaatstaf zoals deze in het Duitse recht is genormeerd. Vanuit deze situatie wordt het Duitse en het Nederlandse recht nader met elkaar vergeleken. In de Duitse ontwerpwet³¹⁴ ter beperking van de aansprakelijkheid van onbezoldigd bestuurders is voorgesteld om de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder, indien de vereniging of stichting niet heeft voldaan aan de *Abgabenpflicht*, te beperken tot de situatie waarin de bestuurder wetenschap heeft van het niet nakomen van de *Abgabenpflicht*.³¹⁵ De regering heeft dit voorstel echter afgewezen en geeft als reden dat dit leidt tot een onrechtvaardige belasting van de gemeenschap.³¹⁶ Daarnaast meent de wetgever dat het beperken van de aansprakelijkheid van een bepaalde groep personen het gelijkheidsbeginsel, zoals deze ook in het insolventierecht geldt, wordt doorbroken.³¹⁷ Een onbezoldigd bestuurder moet naar Duits recht dus voldoen aan de *Abgabenpflicht*. Naar Nederlands recht is dit hetzelfde.³¹⁸ In paragraaf 4.5.3 is beschreven dat de bestuurder naar Duits recht moet voldoen aan de boekhoudplicht en de plicht tot openbaar making van de jaarrekening.³¹⁹ Voor de onbezoldigd bestuurder wordt op deze regelingen geen uitzondering gemaakt.³²⁰ Daarentegen wordt in het Nederlandse wetsvoorstel de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder wel beperkt indien er niet wordt voldaan aan de boekhoudplicht en de plicht tot openbaarmaking van de jaarrekening.³²¹ Het onweerlegbare vermoeden dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur indien niet is voldaan aan de boekhoudplicht en de plicht tot openbaar making van de jaarrekening is niet van toepassing op de onbezoldigd bestuurder.³²² Het Duitse rechtstelsel kent niet een dergelijke onweerlegbaar vermoeden zoals deze gesteld wordt in art. 2:138 J^o2:248 BW en art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). Door het wegnemen van het onweerlegbare vermoeden voor de onbezoldigd bestuurder lijkt het erop dat de aansprakelijkheid van de onbezoldigd bestuurder naar Nederlands en Duitse recht niet van elkaar verschillen. Echter in het Duitse recht wordt de schade die ontstaat door het schenden van een wettelijke plicht (direct) aangemerkt als een onrechtmatige daad.³²³ Naar Nederlands recht kan sprake zijn van een onrechtmatige daad of kennelijke onbehoorlijk bestuur en moet dit (in geval van faillissement door de curator) worden bewezen.³²⁴ Geconcludeerd kan worden dat naar Duits recht een bestuurder van een vereniging of stichting eenvoudiger aansprakelijk kan worden gesteld indien hij niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht en de plicht tot openbaarmaking van de jaarrekening dan het geval is voor een bestuurder

³¹¹ Stellungnahme der Bundesregierung, *Drucksache* 16/10120, p. 10.

³¹² Zie par. 4.4.1.

³¹³ Zie par. 4.5.4.

³¹⁴ Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28. September 2009.

³¹⁵ Gesetzentwurf, *Drucksache* 16/10120, p. 5, Art. 3.

³¹⁶ Stellungnahme der Bundesregierung, *Drucksache* 16/10120, p. 10.

³¹⁷ Stellungnahme der Bundesregierung, *Drucksache* 16/10120, p. 11.

³¹⁸ Zie art. 36 lid 1 IW 1990.

³¹⁹ Zie par. 4.5.3 en § 63 AO en § 141 AO.

³²⁰ Zie § 63 AO en § 141 AO.

³²¹ Zie art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). Zie ook par. 4.4.1.

³²² Zie art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). Zie ook par. 4.4.1.

³²³ § 823 Abs. 2 BGB.

³²⁴ Art. 6:162 BW dan wel art. 2:138 J^o2:248 jo art. 150 Rv.

naar Nederlands recht.³²⁵ Als daarbij in acht wordt genomen dat de Duitse bestuurder (bezoldigd dan wel onbezoldigd) reeds bij het te laat aanvragen van de insolventieprocedure aansprakelijk is voor de schulden die daaruit ontstaan³²⁶ loopt de Nederlandse bestuurder (bezoldigd of onbezoldigd) in geval van faillissement een minder groot risico om aansprakelijk te worden gesteld dan hun Duitse collega-bestuurder. De beschikbaarheid van vrijwilligers is in Duitsland in de laatste jaren niet afgenomen, maar juist toegenomen.³²⁷ Specifieke data over het aantal onbezoldigd bestuurders in Duitsland zijn tijdens het onderzoek niet naar voren gekomen.³²⁸ Aangenomen mag worden dat er geen drastische wijzigingen hebben plaats gevonden in het aantal onbezoldigd bestuurders in Duitsland. Het aantal verenigingen in Duitsland is de laatste jaren gestegen.³²⁹ Gezien het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat er thans geen dwingende maatschappelijke redenen bestaan om in de Nederlandse wet te regelen dat de aansprakelijkheid van onbezoldigd bestuurders op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur, na invoering van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, nader wordt beperkt. In Duitsland lopen onbezoldigd bestuurders een groter risico om in geval van faillissement aansprakelijk te worden gesteld dan in Nederland het geval is. Dit gegeven heeft in Duitsland geen negatief effect in het verenigings- en of stichtingsleven noch tot maatschappelijke gevolgen geleid. Niet uit het oog moet worden verloren dat de onbezoldigd bestuurder, buiten de situatie van faillissement, in Duitsland een betere bescherming geniet tegen aansprakelijkstelling dan in de Nederlandse recht het geval is.

5.5 Beperking aansprakelijkheid en vormgeving

Rechtsvergelijking laat zien dat thans geen dwingende maatschappelijke redenen bestaan om in de Nederlandse wet te regelen dat de aansprakelijkheid van onbezoldigd bestuurders op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur, na invoering van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, nader wordt beperkt. Resteert de vraag of de mogelijke persoonlijke gevolgen die het wetsvoorstel met zich meebrengt een reden is om de externe aansprakelijkheid van de onbezoldigd bestuurder in geval van faillissement nader wettelijk te beperken.³³⁰ Hierbij gaat het om een afweging van de persoonlijke belangen van een onbezoldigd bestuurder versus de belangen van de crediteuren van de failliete vereniging of stichting. Wetshistorisch staat vast dat de bescherming van crediteuren in geval van faillissement een belangrijk motief was voor het invoeren van boekhoudverplichtingen in de Nederlandse wetgeving.³³¹ “Met behulp van zijn boekhouding moest de gefailleerde aannemelijk maken, dat hij, door oorzaken buiten zijn schuld in betalingsmoeilijkheden was geraakt; kon hij dit niet dan was hij een “bankbreukige”, die kon worden vervolgd.”³³² Door middel van de administratie kan de bestuurder aantonen dat het faillissement niet aan zijn beleid is toe te rekenen. De curator kan aan de hand van de administratie onderzoeken of het faillissement aan de bestuurder is toe te rekenen. Indien een boekhouding ontbreekt kan zowel de curator als de bestuurder niet aantonen dat onbehoorlijk bestuur al dan niet een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een verscherpte aansprakelijkheidstelling van de bestuurder bij het niet voldoen aan de boekhoudplichten beschermt de positie van de crediteuren zowel preventief als naderhand. Het preventief effect van een verscherpte aansprakelijkheidstelling is gelegen in het feit dat bestuurders van rechtspersonen op een

³²⁵ In het Duitse recht wordt bij schending van de boekhoudplicht en/of schending van de plicht tot deponering van de jaarrekening geen onderscheid gemaakt tussen een bezoldigd en onbezoldigd bestuurder. In het wetsvoorstel wordt dit onderscheid wel gemaakt, zie art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3).

³²⁶ Zie par. 4.5.3 en § 42 Abs. 2 BGB.

³²⁷ Zie <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/173632/umfrage/verbreitung-ehrenamtlicher-arbeit/>.

³²⁸ Zoektermen als Anzahl ehrenamtlicher Vorstand e.d. levert geen resultaten op.

³²⁹ <http://www.bdvv.de/statistik-erstmalig-ueber-600000-vereine>.

³³⁰ Voor persoonlijke gevolgen zie par. 4.4.2.

³³¹ Rutgers 1949, p. 2.

³³² Uit: Rutgers 1949, p. 2.

(extra) verantwoordelijke wijze hun taak tegenover de crediteuren vervullen. In geval van faillissement is iedere bestuurder aansprakelijk voor het tekort in de boedel indien het faillissement het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.³³³ Indien niet voldaan is aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW of indien de jaarstukken niet op de in art. 2:394 BW voorgeschreven wijze zijn openbaar gemaakt wordt vermoed dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Ook in deze situatie is bescherming van de crediteur voorop gesteld. De beslissing van een crediteur om met een rechtspersoon een rechtsverhouding aan te gaan wordt (mede) gemaakt op grond van de informatie die de bestuurder over de rechtspersoon verstrekt. Een beslissing gebaseerd op onjuiste en/of onvolledige informatie kan leiden tot schade aan de zijde van de crediteur. De bestuurder heeft ten opzichte van de crediteur een informatievoorsprong. Hij kent immers alle ins- en outs van de rechtspersoon. Door de informatieplichten (boekhoudplichten) neer te leggen in een wettelijke regeling wordt de positie van de crediteur versterkt. Hierdoor is er sprake van een meer evenwichtige rechtspositie tussen de crediteur en de rechtspersoon. De informatieplichten beschermen de crediteur. Schending van deze wettelijke beschermingsregeling (*Schutznorm*) kan derhalve niet voor rekening van de crediteur komen.³³⁴ Dit komt voor rekening van de rechtspersoon en/of de bestuurder. Veelal zal pas in geval van faillissement, de schade voor rekening van de bestuurder komen, omdat de rechtspersoon geen verhaal biedt. Buiten de situatie van faillissement kan de crediteur zich verhalen op de rechtspersoon. Indien de crediteur zich wendt tot de bestuurder kan de bezoldigd bestuurder de schade afwentelen op de rechtspersoon, tenzij er sprake is van opzet en bewuste roekeloosheid.³³⁵ Indien een bestuurder niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld in geval van faillissement zou dit als gevolg hebben dat de crediteuren zelf de schade moeten dragen. Dit leidt tot een onrechtvaardige verdeling van de schade en een onevenredige verdeling van het risico. Er is sprake van een onrechtvaardige verdeling van de schade omdat de wettelijke beschermingsregeling niet de nodige bescherming heeft geboden aan de crediteur en de schade die hieruit volgt volledig voor zijn rekening komt en daarmee voor rekening van de maatschappij. Er is sprake van een onevenredig verdeling van het risico omdat bij het aangaan van een rechtsbetrekking alle risico wordt neergelegd bij de crediteur die een rechtsbetrekking aangaat met een rechtspersoon. Daarentegen kan de bestuurder van een rechtspersoon zich eenvoudig indekken tegen een mogelijke aanspraak tot schade vergoeding in geval van faillissement door een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. In geval van faillissement van de vereniging of stichting ligt het daarom voor de hand dat de schade ten laste komt van de bestuurder. Het feit of een bestuurder bezoldigd dan wel onbezoldigd werkzaam is doet hier geen afbreuk aan. Niet iedere gemaakte fout leidt immers tot persoonlijke aansprakelijkheid. Er moet sprake zijn van een voldoende ernstig verwijt.³³⁶ De externe aansprakelijkheid is afhankelijk van het eigen gedrag van de bestuurder en zou daarmee een makkelijk te voorkomen risico kunnen zijn. Mocht het onverhoopt toch leiden tot aansprakelijkheidstelling van de bestuurder dan biedt de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering uitkomst. Ter bescherming van de onbezoldigd bestuurder kan een wettelijke plicht tot vergoeding van de kosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering uitkomst bieden. De regeling moet zo geformuleerd worden dat indien werkzaamheden door een onbezoldigd bestuurder worden verricht, voor deze onbezoldigd bestuurder, door de vereniging of stichting of door de bestuurder zelf een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering moet worden afgesloten waarbij de kosten voor rekening van de vereniging of stichting komen. Met deze wettelijke verplichting wordt niet alleen de persoonlijke gevolgen van de bestuurder het hoofd geboden maar ook de mogelijke maatschappelijke gevolgen zullen uitblijven, nu het risico voor de

³³³ Art. 2:138 J°2:248 BW.

³³⁴ In het Duitse recht wordt schending van een *Schutznorm* aangemerkt als een *Unerlaubte Handlung*, § 823 Abs. 2 BGB.

³³⁵ Art. 6:170 BW en art. 7:661 BW. Zie ook par. 5.3.

³³⁶ Zie par. 4.3.1 en 4.3.2.

onbezoldigd bestuurder in geval van faillissement door de wettelijk verplichte verzekering wordt afgedekt is er geen reden om aan te nemen dat er een tekort ontstaat aan personen die zich vrijwillig (onbezoldigd) als bestuurder van een vereniging of stichting willen in zetten.

5.6 Conclusie

De aard, omvang, doelstelling, maatschappelijk belang en inrichting van het bestuur van de vereniging of stichting zijn omstandigheden die in overweging zijn genomen om te bepalen of een beperking van de aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen en stichtingen wenselijk is. Op grond van deze omstandigheden kan worden geconcludeerd dat voor de verschillende categorieën verenigingen of stichtingen een beperking van de bestuursaansprakelijkheid niet nodig is. De inrichting van het bestuur kan een reden zijn om de aansprakelijkheid van de bestuurder nader te beperken. Dit betreft met name de positie van onbezoldigd bestuurders. In het Nederlandse recht is de interne en externe aansprakelijkheid (buiten de situatie van faillissement) voor onbezoldigd bestuurders niet beperkt tot opzet of bewuste roekeloosheid. Het Nederlandse recht kent wel een beperking van de interne en externe aansprakelijkheid voor bezoldigd bestuurders. Een bezoldigd bestuurder kan de aansprakelijkheid afwentelen op de rechtspersoon tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. In het Duitse rechtstelsel is zowel de interne als de externe aansprakelijkheid (buiten de situatie van faillissement) van de onbezoldigd bestuurder wettelijk beperkt tot opzet en bewuste roekeloosheid. Vergelijking van de externe bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement binnen het Duitse en Nederlandse rechtstelsel laat zien dat naar Duits recht onbezoldigd bestuurders een groter risico lopen om in geval van faillissement aansprakelijk te worden gesteld dan in Nederland het geval is. Dit gegeven heeft in Duitsland geen negatief effect in het verenigings- en of stichtingsleven noch tot maatschappelijke gevolgen geleid. Gesteld kan worden dat thans geen dwingende maatschappelijke reden aanwezig zijn die een (nadere) wettelijke beperking van de externe aansprakelijkheid in geval van faillissement voor onbezoldigd bestuurders rechtvaardigt. Bescherming van de persoonlijke belangen van de (onbezoldigd) bestuurder wegen niet op tegen het belang van bescherming van de crediteuren. Indien een bestuurder niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld in geval van faillissement zou dit als gevolg hebben dat de crediteuren zelf de schade moeten dragen. Dit leidt tot een onrechtvaardige verdeling van de schade en een onevenredige verdeling van het risico. Niet iedere gemaakte fout van de bestuurder leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid. Er moet sprake zijn van een voldoende ernstig verwijt. De externe aansprakelijkheid is afhankelijk van het eigen gedrag van de bestuurder en zou daarmee een makkelijk te voorkomen risico kunnen zijn. Mocht het onverhoopt toch leiden tot aansprakelijkheidstelling van de bestuurder in geval van faillissement dan biedt een wettelijk verplichting tot vergoeding van de kosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering uitkomst. De regeling moet zo geformuleerd worden dat indien werkzaamheden door een onbezoldigd bestuurder worden verricht, voor deze onbezoldigd bestuurder, door de vereniging of stichting of door de bestuurder zelf een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering moet worden afgesloten waarbij de kosten voor rekening van de vereniging of stichting komen. Met deze wettelijke verplichting wordt niet alleen de persoonlijke gevolgen van de bestuurder het hoofd geboden maar ook de mogelijke maatschappelijke gevolgen zullen uitblijven, nu het risico voor de onbezoldigd bestuurder in geval van faillissement door de wettelijk verplichte verzekering wordt afgedekt is er geen reden om aan te nemen dat er een tekort ontstaat aan personen die zich vrijwillig (onbezoldigd) als bestuurder van een vereniging of stichting willen in zetten.

6 Conclusie en aanbevelingen

6.1 Inleiding

Het doel van dit onderzoek is het inventariseren van de gevolgen van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voor bestuurders van verenigingen en stichtingen met betrekking tot de normen van behoorlijk bestuur en de aansprakelijkheid in geval van faillissement. Na inventarisatie van de gevolgen wordt onderzocht in welke omstandigheden een wettelijke beperking van deze aansprakelijkheid wenselijk is en hoe daar vorm aan kan worden gegeven. Hiertoe is in paragraaf 1.2 een onderzoeksvraag en een aantal deelvragen geformuleerd. In dit hoofdstuk worden de deelvragen en onderzoeksvraag beantwoord. Eerst worden in paragraaf 6.2. de afzonderlijke deelvragen beantwoord. Daarna volgt in paragraaf 6.3 de conclusie op de onderzoeksvraag. In paragraaf 6.4 wordt een aantal aanbevelingen gedaan die buiten de reikwijdte van de onderzoeksvraag en deelvragen van dit onderzoek vallen.

6.2 Antwoorden op de deelvragen

De eerste deelvraag was:

“Wat is de aanleiding, het doel, de inhoud en de status van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen en welke gevolgen (ruim) heeft dit voorstel voor de rechtspersonen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek?”

Deze vraag is in hoofdstuk 2 beantwoord. Op 8 juni 2016 is het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen ingediend bij de Tweede Kamer. Aanleiding voor dit wetsvoorstel is het ontbreken van een uitgebreide regeling voor bestuur en toezicht voor alle rechtspersonen. Het doel van de nieuwe wetgeving is het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen. Het wetsvoorstel introduceert nieuwe wetgeving voor bestuurders en toezichthouders van rechtspersonen. Een aantal regels die thans gelden voor de NV en de BV worden verplaatst naar het algemene gedeelte van de wettelijke regeling in Boek 2 BW. Dit heeft tot gevolg dat deze regels na invoering van het wetsvoorstel gelden voor verenigen en stichtingen. Voor beantwoording van de onderzoeksvragen zijn de elementen ‘uniformering van de norm voor taakvervulling voor bestuurders van verenigingen en stichtingen’ en ‘uniformering van regels voor aansprakelijkheid in geval van faillissement’ van belang.

De tweede deelvraag was:

‘Hoe zijn verenigingen en stichtingen in Nederland georganiseerd en wat is hun maatschappelijke betekenis?’

Deze deelvraag is in hoofdstuk 3 beantwoord. Verenigingen en stichtingen vervullen een belangrijke rol in het sociale leven in de maatschappij. In Nederland zijn vele verenigingen en stichtingen die onderling van elkaar verschillen naar organisatie, doelstelling en deelnemers. In de Nederlandse literatuur worden vele mogelijke indelingen beschreven om de verschillende verenigingen en stichtingen van elkaar te onderscheiden. De stichting heeft rechtspersoonlijkheid. De vereniging in Nederland heeft ook rechtspersoonlijkheid, maar deze kan volledig of beperkt zijn. Indien een vereniging niet is ingeschreven kan naast de vereniging zowel de bestuurder aansprakelijk worden gesteld.

De derde deelvraag was:

‘Wat zijn de thans geldende normen voor behoorlijk en (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement en welke gevolgen (eng) heeft het wetsvoorstel met betrekking tot deze normen voor bestuurders van verenigingen en stichtingen?’

Deze deelvraag is in hoofdstuk 4 beantwoord. Naar huidig recht kan de curator in geval van faillissement een bestuurder van een vereniging of stichting aansprakelijk stellen op grond van onrechtmatige daad en/of kennelijk onbehoorlijk bestuur. De algemene gedragsnorm voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is de

Beklamelnorm: elke bestuurder van een gefailleerde vennootschap is ten opzichte van een bepaalde crediteur aansprakelijk indien hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met die crediteur wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Daarbij moet de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Deze algemene aansprakelijkheidsnorm voor onrechtmatige daad is in het arrest Van de Riet/Hoffmann c.s. met de volgende twee gedragsnormen uitgebreid: 1) de bestuurder is aansprakelijk indien de vennootschap wegens onrechtmatig handelen aansprakelijk is en de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeelde had behoren te voorkomen en 2) de bestuurder is aansprakelijk indien hij handelt in strijd met een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens een derde. Niet vereist is dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De wetgever heeft de grens tussen behoorlijke taakvervulling en onbehoorlijk bestuur niet gepreciseerd. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in het Staleman/Van de Ven arrest een criterium gegeven voor behoorlijk bestuur: een bestuurder beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Daarbij is het vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake de taakvervulling. Of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het is niet nodig dat bij aanwezigheid van meerdere bestuurders de ernstige verwijtbaarheid van elke bestuurder apart wordt gesteld en bewezen. De curator kan in geval van faillissement een bestuurder aansprakelijk stellen indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien niet wordt voldaan aan de eisen van behoorlijke taakvervulling is er sprake van onbehoorlijk bestuur. Met het woord kennelijk beoogt de wetgever volstrekt duidelijk te maken dat het onbehoorlijk handelen of nalaten van de bestuurder buiten kijf moet staan en dat in geval van twijfel geen aansprakelijkheid ontstaat. In de rechtspraak is ingevuld wanneer er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Enkele voorbeelden zijn het niet bijhouden van administratieve plichten, het niet voldoen van belasting- en premieschulden, het onttrekken aan bestuurdersverantwoordelijkheid en het verwaarlozen van belangen van schuldeisers. In geval van onopzettelijke domheden en beleidsfouten die gerekend kunnen worden tot normale ondernemingsrisico's is er geen sprake van kennelijk onbehoorlijke bestuur. Indien niet voldaan wordt aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW en/of de jaarstukken niet op de in art. 2:394 BW voorgeschreven wijze wordt openbaar gemaakt wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden is niet aansprakelijk. Naar huidig recht kunnen alleen bestuurders van verenigingen en stichtingen die onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting in geval van faillissement op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk worden gesteld. Na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen kunnen bestuurders van alle verenigingen en stichtingen in geval van faillissement aansprakelijk gesteld worden op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit betekent dat in geval van faillissement van de vereniging of stichting iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Na invoering van het wetsvoorstel gelden voor bestuurders uniforme normen voor taakvervulling. Een norm voor taakvervulling is dat de bestuurder in het belang van de rechtspersoon dient te handelen (duty of good faith). Een andere norm voor taakvervulling is dat de bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft en deze strijdig is met het belang van de rechtspersoon (duty of loyalty). De duty of care (een bestuurder handelt op een geïnformeerde en weloverwogen wijze) wordt niet gecodificeerd. Volgens Parijs is de door de Hoge Raad geformuleerde norm in het

Staleman/Van de Ven arrest praktisch hetzelfde als de duty of care: een bestuurder verricht zijn werkzaamheden met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.³³⁷ De norm voor onbehoorlijk bestuur zoals vastgelegd in art. 2:9 BW komt terug in art. 2:9c lid 2 en 3 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*) en in art. 2:9b lid 1 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). De inhoud van deze regels blijft hetzelfde. De norm voor kennelijk onbehoorlijk bestuur zoals vastgelegd is in art. 2:138 J°2:248 BW komt na de wetswijziging terug in art. 2:9c BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*). Ook deze regel kent geen inhoudelijke wijziging. De uitleg die in de literatuur en de jurisprudentie, voor de NV en BV, aan de regel van art. 2:138 J°2:248 wordt gegeven kan ook worden toegepast op de vereniging en stichting. In art. 2:9c lid 2 BW (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3*) wordt wel een uitzondering gemaakt voor onbezoldigde bestuurders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Het onweerlegbaar vermoeden van art. 2:138 J°2:248 lid 2 BW is niet op hen van toepassing. Het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat bestuurders van verenigingen en stichtingen in geval van faillissement eenvoudiger aansprakelijk kunnen worden gesteld dan onder de huidige regelgeving het geval is. Voor bestuurders van verenigingen en stichtingen betekent dit een verzwaring van het risico om aansprakelijk gesteld te kunnen worden. Indien een bestuurder met succes aansprakelijk wordt gesteld moet de bestuurder uit zijn privé vermogen het tekort in de boedel voldoen. Ook kan aan de bestuurder, voor een periode van vijf jaar, een bestuursverbod worden opgelegd. Dit kan tot gevolg hebben dat er een tekort ontstaat aan bestuurders die al dan niet vrijwillig zich als een bestuurder van een vereniging of stichting willen inzetten. Daarnaast is niet ondenkbaar dat zittende bestuurders zich defensief zullen opstellen en daardoor vernieuwingen worden gefrustreerd. De uniforme norm voor taakvervulling inhoudende dat de bestuurder handelt in het belang van de rechtspersoon kan tot gevolg hebben dat de bredere context van het maatschappelijke belang uit het oog wordt verloren.

De vierde deelvraag was:

‘In welke omstandigheden is het wenselijk om de aansprakelijkheid van een bestuurder van een vereniging of stichting te beperken en op welke wijze kan vorm worden gegeven aan deze beperking?’

Deze deelvraag is in hoofdstuk 5 beantwoord. De aard, omvang, doelstelling, maatschappelijk belang en inrichting van het bestuur van de vereniging of stichting zijn omstandigheden die in overweging zijn genomen om te bepalen of een beperking van de aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen en stichtingen wenselijk is. Op grond van deze omstandigheden is geconcludeerd dat voor de verschillende categorieën verenigingen of stichtingen een beperking van de bestuursaansprakelijkheid niet nodig is. De inrichting van het bestuur kan een reden zijn om de aansprakelijkheid van de bestuurder nader te beperken. Dit betreft met name de positie van onbezoldigd bestuurders. In het Nederlandse recht is de interne en externe aansprakelijkheid (buiten de situatie van faillissement) voor onbezoldigd bestuurders niet beperkt tot opzet of bewuste roekeloosheid. Het Nederlandse recht kent wel een beperking van de interne en externe aansprakelijkheid voor bezoldigd bestuurders. Een bezoldigd bestuurder kan de aansprakelijkheid afwentelen op de rechtspersoon tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. In het Duitse rechtstelsel is zowel de interne als de externe aansprakelijkheid (buiten de situatie van faillissement) van de onbezoldigd bestuurder wettelijk beperkt tot opzet en bewuste roekeloosheid. Vergelijking van de externe bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement binnen het Duitse en Nederlandse rechtstelsel laat zien dat naar Duits recht onbezoldigd bestuurders een groter risico lopen om in geval van faillissement aansprakelijk te worden gesteld dan in Nederland het geval is. Dit gegeven heeft in Duitsland geen negatief effect in het verenigings- en of stichtingsleven noch tot maatschappelijke gevolgen geleid. Gesteld kan worden dat thans geen dwingende maatschappelijke reden aanwezig die een (nadere) wettelijke beperking van de externe aansprakelijkheid in geval van faillissement voor onbezoldigd bestuurders

³³⁷ Parijs 2003, p. 237.

rechtvaardigt. Bescherming van de persoonlijke belangen van de (onbezoldigd) bestuurder wegen niet op tegen het belang van bescherming van crediteuren. Indien een bestuurder niet persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld in geval van faillissement zou dit als gevolg hebben dat de crediteuren zelf de schade moeten dragen. Dit leidt tot een onrechtvaardige verdeling van de schade en een onevenredige verdeling van het risico. Niet iedere gemaakte fout van de bestuurder leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid. Er moet sprake zijn van een voldoende ernstig verwijt. De externe aansprakelijkheid is afhankelijk van het eigen gedrag van de bestuurder en zou daarmee een makkelijk te voorkomen risico kunnen zijn. Mocht het onverhoopt toch leiden tot aansprakelijkheidsstelling van de bestuurder in geval van faillissement dan biedt een wettelijk verplichte vergoeding van de kosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering uitkomst. De regeling moet zo geformuleerd worden dat indien werkzaamheden door een onbezoldigd bestuurder worden verricht, voor deze onbezoldigd bestuurder, door de vereniging of stichting of door de bestuurder zelf een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering moet worden afgesloten waarbij de kosten voor rekening van de vereniging of stichting komen. Met deze wettelijke verplichting wordt niet alleen de persoonlijke gevolgen van de bestuurder het hoofd geboden maar ook de mogelijke maatschappelijke gevolgen zullen uitblijven, nu het risico voor de onbezoldigd bestuurder in geval van faillissement door de wettelijk verplichte verzekering wordt afgedekt is er geen reden om aan te nemen dat er een tekort ontstaat aan personen die zich vrijwillig (onbezoldigd) als bestuurder van een vereniging of stichting willen in zetten.

De vijfde deelvraag was:

‘Hoe zijn verenigingen en stichtingen in Duitsland georganiseerd en wat is hun maatschappelijke betekenis? Wat zijn naar Duits recht de geldende normen voor (on)-behoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement en welke mogelijkheden kent het Duitse recht om de bestuurdersaansprakelijkheid te beperken en zijn er regels uit het Duitse recht die bruikbaar zijn voor het Nederlandse recht?’

Deze vraag is beantwoord in hoofdstuk 3, hoofdstuk 4 en hoofdstuk 5. Deze vraag, die bestaat uit deelvragen, wordt hieronder per deelvraag beantwoord.

‘Hoe zijn verenigingen en stichtingen in Duitsland georganiseerd en wat is hun maatschappelijke betekenis?’

Vereniging en stichtingen kennen in het Duitse recht een langere (rechts)geschiedenis dan in het Nederlandse recht. Verenigingen en stichtingen vervullen in Duitsland een belangrijke rol in het sociale leven in de maatschappij. In Duitsland zijn vele verenigingen en stichtingen die onderling van elkaar verschillen naar organisatie, doelstelling en deelnemers. In de Duitse literatuur worden vele mogelijke indelingen beschreven om de verschillende verenigingen en stichtingen van elkaar te onderscheiden. In het Duitse recht is het hebben van een stichtingsvermogen een harde eis. Stichtingen en verenigingen hebben rechtspersoonlijkheid. Indien een vereniging niet is ingeschreven kan alleen de bestuurders aansprakelijk worden gesteld. De stichting staat in Duitsland onder overheidstoezicht.

‘Wat zijn naar Duits recht de geldende normen voor (on)-behoorlijk bestuur en aansprakelijkheid in geval van faillissement en welke mogelijkheden kent het Duitse recht om de bestuurdersaansprakelijkheid te beperken?’

Naar Duits recht is het criterium voor behoorlijk bestuur het beschikken over het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Of er sprake is van een ernstig verwijt wordt beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Naar Duits recht kan een bestuurder door derden aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad. Ook het schenden van een Schutzgesetz is naar Duits recht een onrechtmatige daad. Daarnaast kan naar Duits recht een bestuurder door een derde aansprakelijk worden gesteld op grond van handelen in strijd met de goede zeden als hij daarbij opzettelijk schade veroorzaakt. Het Duitse recht kent ook een persoonlijke aansprakelijkheidsstelling van bestuurders indien premie- en belastingschulden niet zijn

betaald. Schending van de boekhoudplicht en het niet of niet tijdig deponeren van de jaarrekening leidt tot schending van een wettelijke verplichting die kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheidsstelling van de bestuurder. Naar Duits recht is niet de persoonlijke bekwaamheid van de bestuurder maar de in het maatschappelijke verkeer vereiste zorgvuldigheid maatgevend om te bepalen of de bestuurder voor zijn handelen aansprakelijk is. Hierbij volstaat een gewoon verwijt. Voor schending van de wettelijke plichten is opzet vereist. De verwijtbaarheidsmaatstaf voor schending van de aansprakelijkheidsnorm is *leichte* of *einfacher Fahrlässigkeit*. Persoonlijk verwijt ziet in het Duitse recht op het feit dat de bestuurder zelf een inbreuk maakt op een recht, handelt of nalaat in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betamelijk is. De gedragsnorm voor aansprakelijkheid van de bestuurder rondom faillissement is het veroorzaken van het faillissement en het tijdig indienen hiervan. De verwijtbaarheidsmaatstaf in deze is gewone nalatigheid. In het Duits recht wordt de aansprakelijkheid voor een onbezoldigd bestuurder of een bestuurde die een vergoeding van maximaal 720 euro per jaar ontvangt zowel intern als extern beperkt. De verwijtbaarheidsmaatstaf in deze situatie is verruimd van gewone nalatigheid en een gewoon verwijt tot opzet of grove nalatigheid. De beperking van de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder geldt niet in geval van faillissement. De onbezoldigd bestuurder blijft dan naast de vereniging of stichting aansprakelijk voor het tekort in de boedel. Maatstaf voor verwijtbaarheid is gewone nalatigheid.

‘Zijn er regels uit het Duitse recht die bruikbaar zijn voor het Nederlandse recht?’ Een beperking van de interne aansprakelijkheid en de externe aansprakelijkheid (buiten het geval van faillissement) tot opzet of bewuste roekeloosheid zo als het Duitse recht kent voor een onbezoldigd bestuurder of een bestuurde die een vergoeding van maximaal 720 euro per jaar ontvangt is ook in het Nederlandse recht goed in te passen. Op deze wijze wordt het verschil, in de bescherming tegen aansprakelijkheid, tussen een onbezoldigd en bezoldigd bestuurder wettelijk opgelost. Dit is echter geen oplossing voor beperking van de externe aansprakelijkheid van de bestuurder in geval van faillissement van een vereniging of stichting. De beperking van de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder geldt niet in geval van faillissement. De onbezoldigd bestuurder blijft dan naast de vereniging of stichting aansprakelijk voor het tekort in de boedel waarbij de gewone nalatigheid de maatstaf voor verwijtbaarheid is. De Duitse regering heeft aangegeven dat een wettelijke verplichting tot vergoeding van de kosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering het aansprakelijkheidsrisico van een bestuurder moet afdekken. Een voorstel hiervoor heeft de Duitse wetgever echter nog niet uitgewerkt. Ondanks dat uit het Duitse recht (nog) geen voorbeeld kan worden ontleend staat het niet in de weg om in het Nederlandse recht een dergelijke wettelijke verplichting tot vergoeding van de kosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering op te nemen.

In paragraaf 6.3 wordt een antwoord gegeven op de hoofdvraag: ‘Welke mogelijke gevolgen heeft de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voor bestuurders van verenigingen en stichtingen met betrekking tot de normen van behoorlijk bestuur en de aansprakelijkheid in geval van faillissement en in welke omstandigheden is een wettelijke beperking van deze aansprakelijk wenselijk en hoe kan hier vorm aan worden gegeven?’

6.3 Conclusie

Bestuurders van verenigingen en stichtingen moeten zich houden aan de in de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen vastgelegde regels over behoorlijk bestuur, onbehoorlijk bestuur en kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit heeft tot gevolg dat bestuurders in geval van faillissement eenvoudiger aansprakelijk kunnen worden gesteld dan onder de huidige regelgeving het geval is. Voor bestuurders betekent dit een verzwaring van het risico om persoonlijk aansprakelijk gesteld te kunnen worden. Voor een onbezoldigd bestuurder zijn deze gevolgen onaanvaardbaar en is een nadere beperking van de aansprakelijkheid in geval van faillissement wenselijk. Een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid ligt niet voor de hand. Vergelijking met het Duitse recht laat zien dat het risico dat (onbezoldigd) bestuurders lopen om aansprakelijk gesteld te worden geen negatief effect heeft op het verenigings- en stichtingsleven in Duitsland. Daarnaast heeft een wettelijke uitsluiting van de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder tot gevolg dat de belangen van de crediteuren onvoldoende worden beschermd. Een mogelijke oplossing is een wettelijke verplichting tot vergoeding van de kosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering voor een onbezoldigd bestuurder door de vereniging of stichting.

6.4 Aanbevelingen

De onderzoeksvraag richtte zich op de externe bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement. In het onderzoek kwam naar voren dat voor een onbezoldigd bestuurder de interne aansprakelijkheid en de externe aansprakelijkheid buiten de situatie van faillissement niet wettelijk is geregeld.³³⁸ In geval van aansprakelijkstelling door de rechtspersoon of een derden is er geen wettelijke beschermingsregeling voor de onbezoldigd bestuurder.³³⁹ Een dergelijke regeling is er wel voor de bestuurder-werknemer.³⁴⁰ Om een einde te maken aan dit verschil wordt voorgesteld om de interne aansprakelijkheid en de externe aansprakelijkheid (buiten de situatie van faillissement) te beperken tot die gevallen waarbij sprake is van opzet of grove roekeloosheid aan de zijde van de onbezoldigd bestuurder. Hierdoor wordt meer duidelijkheid geschapen en wordt de positie van de onbezoldigd bestuurder versterkt. In geval van faillissement wordt de aansprakelijkheid van een onbezoldigd bestuurder niet beperkt tot opzet of grove roekeloosheid. De externe aansprakelijkheid in geval van faillissement is afhankelijk van het eigen gedrag van de bestuurder. Om een bestuurder meer houvast te bieden wanneer een gedraging kan leiden tot aansprakelijkheid wordt voorgesteld om de zorgplicht (duty of care) toe te voegen aan art. 2:9 BW ((*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3). Een bestuurder beraadslaagt, besluit en handelt op een geïnformeerde en weloverwogen wijze. Daarnaast kan een gedragscode worden opgesteld voor onbezoldigd bestuurders. Bij toetsing houdt de rechter rekening met de business judgment rules en met de gedragscode voor onbezoldigd bestuurders.

³³⁸ Zie par. 5.3.

³³⁹ Zie par. 5.3.

³⁴⁰ Zie par. 5.3.

Verwijzingen

I. Literatuur

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Maeijer 2-III 2000

J.M.M. Maeijer (m.m.v. F.J.P. van den Ingh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Asser/Maeijer/Van Solingen & NieuweWeme 2-IIa* 2013

Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Rensen 2-III* 2012

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2012.

Beuthien e.a. 2016

V. Beuthien e.a., *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band 5, Verein – Stiftung bürgerlichen Rechts, München: Beck 2016.

Blanco Fernández e.a. 2016

J.M. Blanco Fernández e.a., *Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2016. Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

Buddingh de Voogt, diss. 1926

J.G. Buddingh de Voogt, *Classificatie van vereenigingen* (diss. Leiden), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1926.

Cozijn 1991

C. Cozijn, *Aansprakelijkheid op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement*, (Onderzoek en beleid), Gouda; Quint bv 1991.

Dijk & van der Ploeg 2013

P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Dijk 2013

G. van Dijk, 'Aansprakelijkheid en defensief gedrag: Nuancering gewenst.' In: W.H. Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (editors), *Capita civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*. (p. 459-484). (Civilologie/Civilology, Nr. 6.), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Doorenbos 2007

D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming*, (Serie Onderneming en Recht, deel 38), Deventer: Kluwer 2007.

Doorenbos 2008

D.R. Doorenbos, 'Het Bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2008/124.

Eisenberg 1993

M.A. Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, 62 Fordham L. Rev. 437 (1993).

Fikentscher & Heinemann 2006

W. Fikentscher & A. Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin: De Gruyter Recht 2006.

De Groot 2011

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, (Serie Recht en Praktijk Ondernemingsrecht, deel 2), Deventer: Kluwer 2011.

Grundmann, in: Säcker e.a. 2016

F.J. Säcker e.a., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, München: Beck 2016.

Habersack e.a. 2013

M. Habersack e.a., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, Schuldrecht – Besonderer Teil III, München, Beck 2013.

Hamers e.a. 2013

J.J.A. Hamers e.a., *Handboek Stichting en Vereniging, Inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Zutphen: Paris 2013.

Hemmes 2014

M.J.W. Hemmes, *Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Samenloop van vorderingen tussen de curator en individuele crediteuren*. Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2014.

Hendrikse 2009

A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009, 40, afl. 4, p. 179-180.

Huizink 2016

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 7), Deventer: Kluwer 2016.

Van den Ingh 1990

F.J.P. van den Ingh, 'Interne aansprakelijkheid bij vereniging en stichting', S&V 1990, p. 160.

Keijzer 2015

F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen', *Ondernemingsrecht* 2015/30.

Klaassen 2010

A.G.H. Klaassen, 'Wettelijke beperking van bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen en stichtingen?', *Ondernemingsrecht* 2010/128.

Kirchhof e.a. 2013

H.P. Kirchhof e.a., *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 1, §§ 1-79 Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), München: Beck 2013.

Küpperfahrenheit 2005

J. Küpperfahrenheit, *Haftungsbeschränkungen für Verein und Vorstand unter besonderer Berücksichtigung von Sportvereinen*: Berlin: Duncker & Humboldt 2005.

Parijs 2003

S. Parijs, 'De grenzen van aansprakelijkheid van bestuurders in Nederland en de Verenigde Staten', in: H. Boschma e.a. LT, *Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vito Timmerman*, Deventer: Kluwer 2003.

Polak & Pannevis 2011

C.E. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Rapport Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. 2014

Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V., *Zahlen, Daten und Fakten zum deutschen Stiftungswesen*, 2014, Berlin: Agit-Druck 2014.

Rutgers 1949

J. Rutgers. *Openlegging en overlegging van boekhouding: eenige aantekeningen bij den tweeden titel van het wetboek van koophandel en daarmee in verband staande bepalingen van privaats- en publiekrechtelijke aard*, Groningen: W.E.J. Tjeenk Willink 1949.

Säcker 2015

F.J. Säcker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 . ProstG . AGG, München: Beck 2105.

Slagter 1999

W.J. Slagter, *Corporate governance bij vereniging en stichting*, Stichting en Vereniging 1999.

Van Schilfgaarde 1986

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986.

Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013

J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.

Van der Velden, diss 1969 P.A.L.M. van der Velden, *De vereniging-rechtspersoon en haar leden*, (diss. Nijmegen), (Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 2), Deventer: Kluwer 1969.

II Jurisprudentielijst

HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676 (*Koster/Van Nie q.q.*)
HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521 (*Beklamel*).
HR 15 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:BH7757 (*Stichting Bloedbank*).
HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564 (*Warning-van der Vliet*)
HR 4 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0782 (*Mast Holding*).
HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (*Brens/ Sarper*).
HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (*Staleman/Van de Ven*).
HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873 (*New Holland Belgium/Oosterhof, Driespan*).
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (*Vlimeta*)
HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508 (*Mefigro*).
HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011 (*Schwandt/Berghuizerpapierfabriek*).
HR 5 september 2003, *JOR* 2003, 225.
HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006/61 (*Ontvanger/Van Burgeler*).
HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT6017 (*Ontvanger/Holland Foodmachinery B.V.*).
HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*).
HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*).
HR 30 november 2007, *JOR* 2008, 29, (m.nt. YB), *NJ* 2008, 91 (*Messbauer/Jansen q.q.*).
HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:BC4959.
HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:B15912 (*Simoca*).
HR 23 november 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX5881 (*Van de Riet/Hoffmann c.s.*)
HR 20 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2006:AY7916 (*Van Schilt/Jansen*).

Hof Leeuwarden 29 januari 1992, ECLI:NL:GHLEE:1992:AD1595.
Hof Den Haag 8 juni 1999, *JOR* 2000/93 (*Van Dijk/Gilhuis*).
Hof Leeuwarden 29 november 2000, *JOR* 2001, 105 (*Stichting Opera Groningen*).
Hof Amsterdam 8 juni 2006, *JOR* 2005, 260.
Hof 's-Gravenhage 27 april 2006, *JOR* 2006, 260.
Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138.
Hof 's-Gravenhage 1 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM6020.
Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU9066.
Hof Leeuwarden 10 augustus 2012, *LJN* BX4239.
Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1774.

Rb. Breda 31 maart 2004, *JOR* 2004, 130.
Rb. Arnhem 23 april 2004, *LJN* BD1784.
Rb. Arnhem 9 februari 2005, *JOR* 2006, 260.
Rb. Dordrecht 28 november 2007, *LJN* BB9557.
Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3003.

III Overig

Wetgeving

- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2005, nr. CPP2005/2730M.
- *Drucksache* 16/10120.
- Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28. September 2009, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2009 Teil I Nr. 64, ausgegeben zu Bonn am 2. Oktober 2009, p. 3161.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, 6.
- *Kamerstukken II* 2014/15, 34 251, 3
- *Kamerstukken II* 2015/16, 32 012, 37.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3.
- Wet van 21 mei 1986, *Stb.* 1986, 275.
- Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.
- Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3.

Internet

- <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/173632/umfrage/verbreitung-ehrenamtlicher-arbeit/>.
- <https://de.wikipedia.org/wiki/Stiftungsaufsicht>
- <http://www.bdvv.de/statistik-erstmalig-ueber-600000-vereine>.
- https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zaakelijk/bijzondere_regelingen/goede_doelen/algemeen_nut_beogende_instellingen/belastingregels_algemeen_nut_beogende_instellingen.
- Overheid.nl. Consultatie Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.
- www.anwalt.de/rechtstipps/vorsicht-insolvenz-was-muessen-sie-beachten_003648.html.
- www.onderwijsconsument.nl/onderwijswetten.
- www.sbiformaat.nl/overzicht-governance-codes-en-gedragscodes.